



**UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID**  
**INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS**  
**“BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”**

**Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos**

**Trabajo Fin de Máster**

**La función simbólica, la eficacia simbólica y el uso simbólico del Derecho.  
Delimitación conceptual y metodológica**

**Autor:**

**Cristopher Corvalán Rivera**

**Director:**

**Prof. Dr. D. Carlos Lema Añón**

**Getafe, septiembre de 2014**



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
 <b>CAPÍTULO I. LA FUNCIÓN, EL ANÁLISIS FUNCIONAL Y LAS FUNCIONES GENERALES DEL DERECHO.....</b>	<b>5</b>
<b>1. SOBRE LA FUNCIÓN Y EL ANÁLISIS FUNCIONAL .....</b>	<b>5</b>
<b>A) Dificultades para establecer un concepto de función .....</b>	<b>6</b>
1) La polisemia del término .....	6
a) Polisemia en sentido estricto .....	7
b) Desprolijidad terminológica .....	12
2) Distintos conceptos según la perspectiva epistemológica asumida.....	14
a) Desde una perspectiva epistemológica objetivista .....	14
b) Desde una perspectiva epistemológica subjetivista.....	16
c) La mirada constructivista como opción para superar la clásica oposición subjetivismo-objetivismo .....	18
3) Las críticas al Funcionalismo y el desprestigio del análisis funcional.....	24
<b>B) Una propuesta conceptual y metodológica de función y análisis funcional .....</b>	<b>28</b>
1) La Función.....	28
2) El Análisis Funcional .....	31
i. Concepto de disposiciones subjetivas.....	33
ii. El concepto de consecuencias objetivas .....	33
iii. Concepto de exigencias funcionales.....	34
<b>C) Clasificación de las funciones .....</b>	<b>35</b>
1) Según si las funciones aparecen como queridas o deseadas conscientemente por la sociedad o el actor social que actúa a través del elemento al que se atribuye la tarea, distinguimos .....	35
a) Funciones manifiestas.....	35
b) Funciones latentes .....	36
2) Según si las funciones son armónicas con los proyectos de acción y/o el mantenimiento de una estructura .....	38

a) Funciones positivas.....	38
b) Funciones negativas .....	43
2) SOBRE LAS FUNCIONES GENERALES DEL DERECHO .....	44
A) El enfoque desde el cual han sido habitualmente estudiadas .....	44
B) Las Funciones Generales del Derecho.....	48
1) Función resolución de conflictos.....	48
2) Función de regulación u orientación social .....	49
3) Función de integración social o de control social .....	51
4) Función promocional del Derecho o de configuración de las condiciones de vida.....	51
5) Función del cuidado del Derecho .....	53
6) Función de legitimación del poder social.....	55
 <b>CAPÍTULO II. LA FUNCIÓN SIMBÓLICA, LA EFICACIA SIMBÓLICA Y EL USO SIMBÓLICO DEL DERECHO .....</b>	 <b>58</b>
1) ¿LAS FUNCIONES DE QUÉ DERECHO? DELIMITACIÓN DEL OBJETO FORMAL DE ESTUDIO .....	59
2) ¿A QUÉ HACEMOS REFERENCIA CON LO SIMBÓLICO? PRECISIONES CONCEPTUALES RELATIVAS A LA FUTURA FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.....	66
3) LA FUNCIÓN SIMBÓLICA DEL DERECHO .....	77
A) Un concepto de función simbólica del Derecho.....	77
B) El lugar de la función simbólica en la clasificación de las funciones de Joseph Raz .....	82
4) DISTINCIÓN ENTRE FUNCIÓN SIMBÓLICA, USO SIMBÓLICO Y EFICACIA SIMBÓLICA DEL DERECHO .....	88
5) RECAPITULACIÓN .....	96

<b>CAPÍTULO III. DELIMITACIÓN DEL MÉTODO DE ANÁLISIS Y ALGUNOS PRESUPUESTOS TEÓRICOS DE LA FUTURA INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>99</b>
1) LAS LIMITACIONES DEL ANÁLISIS FUNCIONAL Y CÓMO SUPERARLAS: LA TEORÍA DE LOS CAMPOS JURÍDICOS DE PIERRE BOURDIEU .....	99
A) Las limitaciones del análisis funcional.....	99
B) Teoría de los campos jurídicos de Pierre Bourdieu .....	103
1) Los campos sociales .....	103
2) El campo jurídico .....	114
2) ALGUNOS PRESUPUESTOS TEÓRICOS DE LA FUTURA INVESTIGACIÓN .....	123
A) Presupuestos relativos al lenguaje .....	123
1) La arbitrariedad en el lenguaje .....	123
2) Las funciones del lenguaje y los llamados defectos del mismo como oportunidades de manipulación política del discurso jurídico.....	125
a) Los defectos del lenguaje como condiciones que posibilitan la comunicación.....	126
b) Las funciones del lenguaje: posibilidades de hacer con el mero enunciar.....	128
i. Función descriptiva.....	130
ii. Función expresiva.....	131
iii. Función directiva.....	131
iv. función operativa o performativa.....	131
B) Para la determinación del sentido del discurso jurídico estatal .....	135
C) El enfoque decolonial para una correcta comprensión del objeto .....	138
 <b>CONCLUSIONES .....</b>	 <b>143</b>
 <b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	 <b>149</b>

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se ha desarrollado con el objetivo de examinar los conceptos y el marco de análisis que pudieren resultar más adecuados para estudiar, desde una perspectiva socio-jurídica, la manera en que el Derecho ha incidido en dos de los conflictos sociales más importantes desde el retorno a la democracia en Chile: los llamados *Conflicto Mapuche* y el *Problema de la Educación*. El estudio empírico de los casos y de la manera concreta en que ha operado el Derecho respecto de ellos, son aspectos de fondo que forman parte de una investigación mayor proyectada como tesis doctoral, por lo que no serán tratados en esta instancia. Aquí se desarrollará un trabajo que es preliminar en relación aquel, aunque fundamental. Nos centraremos en la definición de instrumentos y métodos que podrían ser utilizados en la tarea de aprehender y explicar por qué, cómo, y respecto de quién, el Derecho ha operado en esos dos casos concretos. Se trata, por tanto, de un estudio analítico y con fines metodológicos, cuyos contenidos pueden ser discutidos sin necesidad de conocer aspectos concretos de esos conflictos, los cuales, por ahora, sólo se sugiere tener presentes bajo la vaga idea de que respecto de ellos, en una futura investigación, podrían formularse diversas hipótesis particulares, todas de cierta manera relacionadas con una hipótesis general que, por el momento en que nos encontramos en la investigación, puede enunciarse -aun a riesgo de ser insuficiente- del siguiente modo: que tanto en el origen como en el desarrollo y tratamiento del Conflicto Mapuche y el Problema Educacional, existen diversos fenómenos en los que el Derecho ha intervenido desempeñando una *función eminentemente simbólica*, que hay normas que por diversas razones sólo han tenido una *eficacia simbólica*, y que hay prácticas que adquieren un sentido más definido al explicarlas como *casos de uso simbólico del Derecho*. Aclarar estos tres conceptos: *uso simbólico*, *eficacia simbólica* y *función simbólica del Derecho*, es precisamente uno de los objetivos de este trabajo. Pero además, nos avocaremos a definir el marco de análisis que resulta más adecuado para el futuro estudio.

De esta manera, cualesquiera referencias que aquí se hagan a esos conflictos tienen el único fin de delinear u ofrecer una idea del concepto o método que se esté analizando en el momento, explicar el porqué de las opciones metodológicas que se van perfilando a lo largo del trabajo. En ningún caso pretenden ser afirmaciones de fondo ni servir de comprobación para alguna hipótesis, pues no es posible aquí dar cuenta cabal de ellos ni comprobar su efectividad.

En términos generales, el trabajo se encuentra organizado en torno a tres ejes fundamentales: definir los conceptos más importantes para la futura formulación de hipótesis, delimitar el marco analítico e identificar el marco teórico que caracterizarán al enfoque con que se asuma, en un futuro, el estudio concreto de los casos referidos. Estas tres cuestiones atraviesan cada uno de los tres capítulos bajo los cuales se ha estructurado el trabajo. En el primer capítulo, se procura determinar un concepto de *función* y de *análisis funcional* con diversos objetivos: primero, dejar establecido el sentido en que está siendo tomado el término *función* al hablar de una *función simbólica del Derecho* –cuestión que será desarrollada en el segundo capítulo–; segundo, delinear una concepción metodológica del *análisis funcional* que nos permita –en el tercer capítulo– evaluar la utilidad y los límites que presenta como marco de análisis para el estudio de *la función simbólica, uso simbólico y eficacia simbólica del Derecho* en relación a los dos casos mencionados; tercero, presentar una clasificación de las funciones procurando dejar claramente sentada la instancia en que deben ser calificadas y los elementos que deben ser considerados a la hora de hablar de una *función positiva o negativa, manifiesta o latente*; y en cuarto lugar, ofrecer un marco para determinar si la forma en que se han definido estos conceptos coincide con la manera en que habitualmente han sido tratadas las *funciones del Derecho*.

Para estos efectos, el método que se ha seguido en el primer capítulo es realizar un recorrido por las diversas dificultades que deben enfrentarse al momento de intentar definir la *función* y el *análisis funcional*. Este método nos permitirá ir tratando algunos temas respecto de los cuales es necesario adoptar una posición, por la incidencia que tienen en el enfoque de la futura investigación y en los conceptos que para ella se van adoptando. De esta forma, se comienza dando cuenta de las cuatro principales dificultades a la hora de definir *función* y *análisis funcional*. Ahí se estudiará: la *polisemia del término*, donde se analizarán los diversos sentidos que ha asumido la palabra *función* en las investigaciones sociológicas y cuál de ellos podría estar más relacionado con el sentido en que está empleado el término en la frase *función simbólica del Derecho*; la *desprolijidad terminológica* que implica el uso indiscriminado de los términos *función* y *fin*, lo que más adelante permitirá argumentar la distinción entre *función simbólica* y *uso simbólico del Derecho*; las diversas *perspectivas epistemológicas* que pueden incidir en el concepto de *función*, frente a las cuales deberá adoptarse una perspectiva particular que comenzará a perfilar el enfoque desde el que será abordado el futuro estudio; y por último, las *críticas a la filosofía social funcionalista*, a partir de lo cual se enfatizará el valor

metodológico independiente que tiene el *análisis funcional*. Concluido ese estudio, se realiza una propuesta conceptual y metodológica de *función* y *análisis funcional*, después de lo cual se analizarán las clasificaciones más conocidas de las *funciones*, con lo que se aclararán algunos instrumentos que serán útiles a la hora de caracterizar a la *función simbólica del Derecho*. Considerando los conceptos de *función* y *análisis funcional* que se han adoptado, pasaremos a examinar lo que clásicamente se han entendido como *funciones del Derecho*, a fin de comprobar dos cosas: si el enfoque bajo el cual habitualmente se han tratado coincide con el que se ha concluido como adecuado a nuestro estudio, y verificar si la *función simbólica* ha sido destacada, y de qué manera, dentro de ese *catálogo de funciones* que suelen atribuírsele al Derecho.

En el segundo capítulo se estudiarán los conceptos fundamentales involucrados en la futura formulación de hipótesis –*función simbólica, eficacia simbólica y uso simbólico del Derecho*– y se delimitará cuál será el objeto formal de estudios en relación al cual serán analizadas. Considerando los principios que en el primer capítulo se establecieron como los más adecuados para el estudio de la *función simbólica del Derecho* desde una perspectiva socio-jurídica, el capítulo comienza por identificar qué se entenderá por *Derecho* cuando hablamos de una *función simbólica* del mismo. Ese paso constituye en sí mismo la delimitación y justificación del objeto formal de estudios de la futura investigación. Hecho esto, pasaremos a especificar a qué hacemos referencia cuando hablamos de lo *simbólico* en los conceptos que se procura definir. Con todos esos aspectos debidamente aclarados, y retomando parte de lo dicho en el primer capítulo respecto de la *función* y su clasificación, estaremos en condiciones de definir la *función simbólica del Derecho*, después de lo cual, a fin de caracterizarla de mejor manera, pasaremos a ponerla en relación con la idea de *función latente*, e intentaremos ubicarla dentro de la *clasificación de las funciones de Joseph Raz*. De esta forma se logra una caracterización acabada de la *función simbólica del Derecho*, armónica con las explicaciones del primer capítulo. En ese momento del trabajo estaremos en condiciones de *diferenciar analíticamente* entre *función simbólica del Derecho, uso simbólico del Derecho y eficacia simbólica del Derecho*. A partir de dicha tarea, se logra una identificación y ordenación de los diversos temas que se encuentran comprendidos en el trabajo que se proyecta como futura investigación.

El tercer y último capítulo está dedicado a delimitar el marco de análisis que se adoptará para el estudio de la *función, eficacia y uso simbólico del Derecho* en los dos casos concretos



señalados antes. Con ese objeto se retoma el *análisis funcional* en los términos en que fue definido en el primer capítulo y se estudia la *teoría de los campos jurídicos* de Pierre Bourdieu, intentando establecer todos los elementos que deben estar presentes en el marco analítico que se defina. En base a las explicaciones de Friedrich Nietzsche, Ludwig Wittgenstein, John Austin, John Searle, Pierre Bourdieu y Genaro Carrió, se analizan algunos elementos relativos al lenguaje que operan como presupuestos del enfoque que se está definiendo como adecuado para el estudio, específicamente: la arbitrariedad del lenguaje, los llamados defectos del mismo, y las diversas funciones que él puede desempeñar. Finalmente, considerando el objeto formal de estudios, la posibilidad de construir la realidad social por medio del Derecho y el contexto de pluralidad cultural que caracteriza a la sociedad chilena, se explora la utilidad de incluir en el marco de análisis un enfoque crítico decolonial.

Ya indicada la estructura general del trabajo y sus principales contenidos y objetivos, sólo resta explicitar que el carácter analítico que se le ha dado a este trabajo encuentra justificación en el momento preparatorio de la investigación en que nos encontramos, y en la complejidad de los fenómenos que pretenden ser explicados, donde la diversidad de cuestiones que interactúan en ellos hace conveniente contar con diversos instrumentos que permitan describir y ordenar, adecuadamente, el material empírico que será examinado para explicar el fenómeno que se nos presenta a la observación. Pero al desarrollarlos, se tiene conciencia de que el valor de estos instrumentos conceptuales y metodológicos no se encuentra en lo acabado o infalible de su construcción teórica, sino en la utilidad que tengan para describir y explicar cómo el Derecho tiene incidencia en la vida concreta de las personas, sea cuando a través de éste se impone una dominación, o cuando esos mismos dominados encauzan sus esperanzas emancipatorias a través del Derecho.

## **CAPÍTULO I. LA FUNCIÓN, EL ANÁLISIS FUNCIONAL Y LAS FUNCIONES GENERALES DEL DERECHO**

En este capítulo se desarrollará un concepto de *función* que luego nos permita explicar - en el segundo capítulo-, el concepto de *función simbólica del Derecho*, y que, a su vez, nos permita conceptualizar al *análisis funcional* exclusivamente en su faz metodológica, para que - en el tercer capítulo- evaluemos la utilidad y límites que pueda presentar ese método para el estudio de la *función simbólica, uso simbólico y eficacia simbólica del Derecho*. Con los dos conceptos ya delimitados, al final de este capítulo pasaremos a examinar lo que habitualmente se ha identificado como las funciones del Derecho, que aquí, por las razones que se expondrán más adelante, denominaremos *funciones generales del Derecho*. Con ese examen se buscan dos cosas: primero, determinar si la *función simbólica del Derecho* está comprendida, y de qué manera, en el catálogo de las *funciones generales del Derecho*; y segundo, diferenciar el enfoque que se adoptará en este trabajo para el estudio de la *función simbólica, uso simbólico y eficacia simbólica del Derecho*, de aquel bajo el cual habitualmente han sido tratadas las *funciones generales del Derecho*.

### **1. SOBRE LA FUNCIÓN Y EL ANÁLISIS FUNCIONAL**

No es fácil establecer un concepto unívoco de *función*, el término ha sido utilizado en diversos ámbitos (biología, matemáticas, ciencias sociales, etc.) y su significado cambia en cada uno de ellos. Esto no quiere decir que se trate de conceptos absolutamente aislados, pues en la historia de la sociología es posible advertir diversos intentos por conceptualizar el término bajo las características atribuidas a él en alguno de esos otros campos, por ejemplo, el biológico o el matemático. Aquí, lejos de cualquier pretensión de la teoría general, sólo se busca definirlo con dos objetivos precisos: el primero, explicar a qué se refiere la palabra *función* en la expresión *función simbólica del Derecho*; y el segundo, que la definición adoptada permita una concepción depurada del análisis funcional, para que, en el tercer capítulo, se evalúe su idoneidad o no para el estudio de la *función uso y eficacia simbólica del Derecho* en un ámbito específico: la realidad socio-jurídica chilena. El método que se sugiere para estos objetivos es ir dando cuenta de las diversas dificultades que se presentan a la hora de definir función. De esta manera, podrán ir siendo tratados algunos aspectos metodológicos relacionados con la

perspectiva que busca adoptarse en este trabajo, y otros que servirán de base para posteriores diferenciaciones, como *función simbólica y uso simbólico*.

En la primera parte de este capítulo se dará cuenta de las dificultades que presenta la determinación del concepto. Aquí se analizará la polisemia del término, la confusión terminológica entre funciones y fines, las críticas dirigidas contra el funcionalismo que redundaron en el desprestigio del análisis funcional, y los diferentes conceptos de función según la perspectiva epistemológica asumida. En segundo lugar se ofrece un concepto de función y análisis funcional depurado de las críticas de las que dio cuenta antes. Y finalmente, se estudiarán dos clasificaciones de las funciones que presentan utilidad para la función simbólica del Derecho.

## **A) Dificultades para establecer un concepto de función**

### **1) La polisemia del término**

La palabra función ha sido utilizada de muy distintas maneras, tanto en el lenguaje común como en el especializado.<sup>1</sup> Robert Merton destaca cómo este hecho oscurece su significado en el ámbito estrictamente sociológico y es causa de la profunda confusión terminológica en que ha caído el punto de vista funcional (1995: 92-93). Por un lado, se trata de una palabra utilizada para expresar conceptos diferentes –lo que estrictamente puede llamarse *polisemia*–, y por otro, encontramos que para hacer referencia a, en apariencia, el mismo concepto, es habitual enfrentarnos al uso de diferentes palabras –lo que se denominará *desprolijidad terminológica*–. Por esta razón, a juicio de Ernest Nagel, el funcionalismo no constituye una perspectiva unitaria y claramente articulada de la investigación social (1989: 473). En base a las explicaciones de ambos autores, a continuación destacaré algunos de los diversos significados atribuidos al término función y, siguiendo a Merton, expondré lo que aquí he llamado desprolijidad terminológica<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En el diccionario de la Real Academia de la lengua española la palabra función presenta al menos catorce significados diferentes.

<sup>2</sup> Como se verá más adelante, aunque ambos autores dedican atención al problema semántico de función, los hacen con finalidades distintas. Mientras Merton busca una clarificación a fin de rescatar, del funcionalismo, al análisis funcional –diferenciando la cuestión metodológica de la filosófica social–, Nagel, en principio, sólo se da a la tarea de examinar las características estructurales (o formales) que presentan diversos tipos de investigación social prevalecientes en la sociedad de su tiempo, pero con el objetivo de buscar un enfoque teórico exclusivo para las cuestiones humanas –lo cual está lejos de lo que se pretende aquí al conceptualizar función y análisis funcional–. Desde ese punto de vista es que Nagel rechaza la investigación funcionalista teleológica, pero les reconoce algún valor a las explicaciones que entienden por función el conjunto de consecuencias de un elemento para el todo al que pertenece, o para otro elemento perteneciente igualmente al mismo todo, pues “... ponen de manifiesto relaciones

**a) Polisemia en sentido estricto:** Un uso más bien popular del término, escasamente empleado en el ámbito académico y por tanto, que poco contribuye a la confusión sociológica a la que se ha hecho mención, es el de *función como espectáculo*, que hace referencia a una reunión pública o festividad habitualmente acompañada de resonancias ceremoniales (Merton, 1995: 93), o algún tipo de puesta en escena como una representación teatral, concierto, etc.

Una segunda acepción, propia del ámbito económico pero no enteramente extraña al sociológico, es la de *función como ocupación*. La expresión “análisis funcional de un grupo” suele emplearse cuando se examina la distribución de las ocupaciones en aquel grupo. A juicio de Merton, siguiendo a Sargent Florence, resulta más conveniente que en esas investigaciones se emplee la frase más exactamente descriptiva de “análisis ocupacional” (1995: 93).

En el lenguaje popular y en ciencias políticas, el término examinado se utiliza también para referirse a las actividades asignadas a quien ocupa una determinada situación social, cargo o puesto político: de ahí la palabra funcionario. *Función como actividad del cargo* constituye - para Merton- un uso pertinente en sociología, pero que convendría excluirlo, porque no sólo quienes ocupan determinados puestos desempeñan funciones, también lo hacen una amplia gama de actividades estandarizadas, de procesos sociales, de tipos de cultura y de sistemas de creencias presentes en la sociedad (1995: 94).

Un significado proveniente de las ciencias matemáticas, utilizado en el ámbito de la física, antropología y también en sociología, es el de *función como relación*. Aquí la palabra hace referencia a las relaciones de dependencia o interdependencia ente dos o más factores variables, sean estos medibles o no. Así, cuando el sociólogo declara que los índices de suicidios en una comunidad es una función del grado de cohesión social en esta sociedad, está empleando la palabra en este sentido (Nagel, 1989: 470-471). Se trata de variable o variables consideradas en relación con una o más variables, respecto de las cuales puede ser expresada o de cuyo valor depende el suyo. Cuando Mannheim declara que todo hecho social es una función del tiempo y lugar en que se verifica, Merton afirma que él está empleando el término, en el ámbito sociológico, con este sentido propio de las ciencias matemáticas y físicas (1995: 94). Este es el sentido que Luhmann adopta expresamente, pretendiendo superar con él los problemas de causalidad lineal presentes –a su juicio- en otras concepciones de función; señala

---

de interdependencia entre pautas de conducta estandarizadas en las sociedades primitivas, entre instituciones económicas e instituciones jurídicas, entre los ideales religiosos, los sociales y la doctrina filosófica, entre la estratificación social y el tipo de personalidad, y muchas otras”. Pese a reconocerles a éstas algún valor, para Nagel no pueden ser consideradas ilustrativas de un enfoque teórico exclusivo para la sociología (1989: 481).

“La función no es ningún efecto a producir, sino un esquema lógico regulador, que organiza un ámbito de comparación de efectos equivalentes”, y de este modo concluye –de acuerdo con Kant- que una función es por lo tanto “la unidad de la acción de ordenar diversas ideas bajo otra común” (Luhmann, 1973: 20). Para Nagel, el análisis funcional no puede consistir en una mera tarea que busca establecer relaciones funcionales de dependencia o interdependencia, pues ello no sería distintivo de la investigación social al no diferir, ni en propósitos ni carácter lógico, de los análisis que se emprenden en cualesquiera otros dominios que realizan estudios buscando descubrir uniformidades en algún tipo de fenómenos (1989: 471)<sup>3</sup>.

En quinto lugar es posible hablar de *función como procesos generales*. Aquí la palabra se usa para describir un conjunto más o menos amplio de procesos u operaciones dentro de, o manifestados por, una entidad determinada, sin que se indiquen cuáles son los efectos que esas actividades producen sobre esa entidad o cualquier otra. Para Nagel, un ejemplo de este significado lo encontramos en el ámbito de la Biología cuando se habla del funcionamiento del estómago para hacer referencia a los procesos de contracciones musculares, secreción de ácidos, absorción de líquidos, etc. A este mismo sentido se refiere el antropólogo Radcliffe-Brown<sup>4</sup> cuando señala “...comúnmente hablamos de la secreción de fluido gástrico como de una “función” del estómago.”(1986: 204)<sup>5</sup>. Nagel, al analizar parte de la obra de Radcliffe-Brown, encuentra que cuando éste habla de la “la vida social de la comunidad” y la define como “...el *funcionamiento* de la estructura social.” (Radcliffe-Brown, 1986: 205), está empleando el término en el sentido analizado en este párrafo, y termina concluyendo –Nagel- que el análisis

---

<sup>3</sup> Este sentido de la palabra función, no obstante las críticas en la investigación sociológica, presta gran utilidad en el ámbito epistemológico: constituye una de las bases sobre las que descansa la idea de pensamiento relacional de Ernst Von Cassirer (Bourdieu, 2000: 129; Cassirer, 1987; 2003). Debido a esto mismo, este sentido de función prestará una cierta utilidad –sólo como punto de partida- a la hora de delimitar qué se entenderá por símbolo, qué es lo que lo diferencia del signo, y cómo –desde ésta perspectiva- el Derecho puede ser situado en el ámbito estrictamente cultural humano, todo lo cual será desarrollado más adelante.

<sup>4</sup> Debemos tener presente que cuando Radcliffe-Brown se da a la tarea de aclarar la analogía entre vida orgánica y vida social, reconoce expresamente que en el ámbito de la fisiología él no tiene problemas en utilizar el término función tanto para designar la actividad de un órgano, como los resultados de esa actividad en el mantenimiento de la vida (1986: 205). A estos dos significados de función, debemos agregar otro implícito en su obra y que permite comprender por qué aparece citado más de dos veces como ejemplo en este apartado de mi trabajo. Este sentido coincide con el de procesos genéricos desarrollados por un organismo considerado como un todo, procesos que son a la vez definitorios del estado de vida e indispensables para su mantención. En otras palabras, Radcliffe-Brown emplea palabra función en al menos tres sentidos distintos: a) como descripción de la actividad de un órgano, b) como el resultado o contribución que significa la actividad de un órgano para la vida, y c) como procesos generales en los que interviene más de un órgano, y que son, esos procesos, definitorios e indispensables para la vida.

<sup>5</sup> Para Radcliffe-Brown, el sentido fisiológico de la palabra función es útil para la sociología comparativa, y hace referencia a la “...interconexión entre la estructura social y el proceso de la vida social” (1986: 21) La misma cita será complementada más adelante para resaltar otra acepción de función.

funcional que consista sólo en esta tarea no resulta ni distintivo de la investigación social, ni tampoco promisorio para estudiar las cuestiones humanas (Nagel, 1989: 471)<sup>6</sup>.

También con un empleo habitual en el campo biológico, la palabra función *-como funciones vitales-* se utiliza para designar ciertos tipos generales de procesos orgánicos que se producen en organismos vivos, realizados por éstos como un todo y no por ciertas partes especiales del mismo -aunque puedan estar íntimamente vinculados a algunas-, que constituyen características exclusivas de los entes vivos, y son indispensables para el mantenimiento de la vida de esos organismos. Así, se habla de procesos de reproducción, asimilación, respiración, etc. Se trata de “... atributos definitorios de los organismos vivientes (...) de modo que si un cuerpo orgánico carece de uno de esos atributos no es considerado como un organismo viviente...” (Nagel, 1989: 471). Radcliffe-Brown señala explícitamente que el concepto de función aplicado a las sociedades humanas se basa en una analogía entre la vida social y la vida orgánica, y que hablar de funciones en el ámbito social “...implica la suposición de que hay condiciones necesarias de existencia para las sociedades humanas, lo mismo que las hay para los organismos animales...” (1986: 203). Más adelante agrega “tal como se usa aquí la palabra función, la vida de un organismo se concibe como el *funcionamiento* de su estructura. A través y mediante la continuidad de este funcionamiento se preserva la continuidad de la estructura. Si consideramos cualquier parte recurrente del proceso vital, como la respiración, la digestión, etc. su función es la contribución que hace a la vida del organismo como un todo, el papel que ella desempeña en esta.” (1986: 204). Para Nagel, quienes emplean el término en el sentido aquí descrito, incurren en una tautología, al afirmar por una parte que tales atributos son definitorios del organismo vivo, y luego pasar a considerar esos mismos elementos como indispensables para su supervivencia. Este es el prisma desde el que el mismo autor juzga la afirmación de Malinowski en relación a que todo objeto cultural cumple alguna función vital (1989: 471-472).

Otro de los tantos significados destacado por Nagel es el de *función como utilidad*. *Función* equivale aquí al uso generalmente reconocido de una cosa o al efecto normalmente esperado de una acción. Expresiones como “la función del lápiz es escribir”, se encuentran en esta línea. En el análisis que Nagel hace de la obra de Malinowski señala que, al afirmar que todo objeto cultural tiene alguna tarea que cumplir, o que la función significa siempre la satisfacción de una necesidad, Malinowski estaría empleando el término función en este

---

<sup>6</sup> Es común a Nagel y Merton, desarrollar gran parte de sus explicaciones en base al análisis de la obra de Malinowski y Radcliffe-Brown, de hecho, muchas veces ambos citan exactamente los mismos pasajes como ejemplos.

sentido. Bajo este concepto de función, la explicación funcional consiste en "... enunciar la utilidad de alguna entidad (o tipo de entidad) para una cierta clase de seres vivientes o las consecuencias de poseer tal utilidad que habitualmente derivan de algún tipo de acción". Críticamente, Nagel pasa a señalar que una explicación de este tipo consiste en un solo enunciado que simplemente afirma una conexión fáctica entre diversos elementos, sin relacionar ese hecho con ningún otro que permita revelar por qué se produce esta conexión particular, lo que lo lleva a afirmar que tal análisis funcional no constituye una teoría de los fenómenos sociales ni un enfoque teórico distintivo de su estudio (1989: 472).

Cercano al empleo anterior, se encuentra *función como consecuencias*. En este sentido se ha utilizado para referir el conjunto más o menos amplio de consecuencias que una cosa o actividad tiene para el sistema considerado como un todo -al cual dicha cosa o actividad pertenecen supuestamente-, o bien, para otras cosas pertenecientes al sistema. Dichas consecuencias pueden ser o no intencionales, y favorables o desfavorables para el mantenimiento del sistema o alguna de sus partes. Cuando se habla de "múltiples funcionamientos" de diversos elementos sociológicos se está empleando el término en este sentido. Según Nagel, el análisis funcional llevado a cabo bajo este concepto de función no lo hace distintivo de cualesquiera otros llevados a cabo en diversos ámbitos y que buscan descubrir las consecuencias de un elemento.

Por último, estrechamente relacionado con el significado de *función* como funciones vitales, está el de *función como contribución*. Bajo este sentido, la función de un elemento puede entenderse como la contribución que él hace, o que es capaz de hacer en circunstancias apropiadas, al mantenimiento de una característica o condición determinada de un sistema al cual ese elemento pertenece. A diferencia de Merton -quien no distingue entre el significado de función como funciones vitales y el que aquí se expone-<sup>7</sup>, Nagel sitúa la perspectiva asumida por Radcliffe-Brown bajo ésta acepción de función (1989: 473). A fin de intentar esclarecer ambos conceptos, podemos decir que la diferencia entre ellos radicaría en que en un caso, se hace referencia a funciones desarrolladas por el organismo considerado como un todo (funciones vitales), en el que además dichas funciones son atributos definitorios del organismo; mientras que en el significado desarrollado en este párrafo, la función es analizada en relación a

---

<sup>7</sup> Merton se vale del mismo pasaje de Radcliffe-Brown para considerarlo un ejemplo del uso de la palabra *función como funciones vitales* explicado antes: "procesos vitales u orgánicos considerados en el respecto en que contribuyen al sostenimiento del organismo". Merton señala que este uso es fundamental para entender el análisis funcional tal como se ha aplicado en sociología y antropología social (1995: 94-95).

la contribución que, dentro de un todo, presta un elemento o una actividad para el mantenimiento de una característica del sistema al cual pertenece: "... comúnmente –señala Radcliffe-Brown- hablamos de la secreción de fluido gástrico como de una <<función>> del estómago. En el sentido en que se usa aquí, deberíamos decir que se trata de una <<actividad>> de estómago, cuya <<función>> es transformar las proteínas de alimentación, de forma que puedan ser absorbidas y distribuidas por la sangre a los tejidos. Podemos percibir que la función de un proceso fisiológico recurrente es, por tanto, una correspondencia entre este proceso y las necesidades (es decir, las condiciones necesarias de existencia) del organismo (...) Pasando de la vida orgánica a la social (...) la *función* de cualquier actividad recurrente, como el castigo de un crimen o una ceremonia funeraria es la parte que desempeña en la vida social como un todo y, por tanto, la contribución que hace al mantenimiento de la continuidad estructural." (1986: 204-205).

De los sentidos analizados, los tres primeros –*función como espectáculo, ocupación y actividad del cargo*– no revisten ninguna utilidad para efectos de las *funciones del Derecho*, cualesquiera sean. Hay otros que –como se verá más adelante– conviene descartarlos como referentes por los a priori que implican –*función como funciones vitales y como contribución*–. El de *función como procesos generales*, es un sentido bastante cercano al enfoque que la Filosofía del Derecho y Teoría General aplican al tratar las funciones del Derecho, pero adoptarlo no permitiría hablar del *análisis funcional* de una norma o institución particular, por lo que también debe ser descartado. La acepción de *función como utilidad*, si bien en sí misma es insuficiente para conceptualizar qué debe entenderse por *funciones del Derecho* –porque éste no sólo realiza lo que de él se espera–, sin embargo no le es del todo ajena, pues permite hacer referencia a lo que las personas esperan del Derecho: creencia que se encuentra estrechamente relacionada con la *función simbólica del Derecho* y lo que aquí se denominará *eficacia simbólica general*. El concepto de *función como consecuencias*, por centrarse en los efectos de una actividad, se encuentra más cercano a lo que se llamará *eficacia simbólica en sentido estricto*, aunque el énfasis descriptivo y la valoración neutral de dichas consecuencias, igual que en el caso de *procesos generales*, es un elemento que es considerado en la propuesta de *función* que se hará más adelante. El sentido de *función como relación* no será tampoco el que se adopte como *función del Derecho*, pero sí juega un rol importante en el debate epistemológico que atraviesa gran parte de estas páginas y estará constantemente reapareciendo.



**b) Desprolijidad terminológica:** La cuestión problemática del concepto de función no deriva exclusivamente de la polisemia del término, sino también de la frecuente y errada relación de sinonimia que se establece entre función y otros términos tales como *uso*, *motivo*, *finalidad*, *intención*, *consecuencias*, *utilidad*, etc. El uso indisciplinado de esas palabras -señala Merton- con una referencia conceptual ostensiblemente análoga, redundante en que el análisis funcional pierda rigurosidad (1995: 96). En materia penal por ejemplo, es habitual que al tiempo de definir los fines de la pena se haga referencia a las funciones que ésta presenta<sup>8</sup>. A partir del análisis de un trabajo del criminólogo Edwin Sutherland<sup>9</sup>, Merton concluye que las palabras: *finalidad*, *función*, *motivo*, *destinado*, *consideración secundaria*, *interés primordial* y *propósito*, se agrupan en estructuras de referencias conceptuales por completo distintas. En ocasiones, las palabras *motivo*, *designio*, *propósito* y *finalidad*, se refieren a los fines explícitos a que tienden los representantes del Estado. En otras, las palabras *motivo* y *consideración secundaria*, se refieren a los fines a que tiende la víctima del delito. A su vez, ambas series de palabras son iguales en la referencia a las previsiones subjetivas de los resultados del castigo. Lo que Merton busca con este análisis es aclarar que la función social hace referencia a *consecuencias objetivas observables*, y no a disposiciones subjetivas, como sugerirían los términos: *propósitos*, *motivos* y *finalidades*. El concepto de función implicaría el punto de vista del observador, y no necesariamente el del participante (1995: 97). Para Merton es necesario distinguir claramente entre categorías subjetivas de disposiciones y categorías objetivas de consecuencias observadas, pues de otro modo "...puede llegar a perderse la sustancia de la orientación funcional en una nube de definiciones confusas" (1995: 98). Aunque la lectura de esta cita podría llevar a concluir que la diferencia entre las funciones y motivos pasa por el carácter observable de las primeras y el supuesto carácter no observable que tendrían las consideraciones subjetivas, en verdad, la cuestión fundamental para Merton no es el carácter

---

<sup>8</sup> Ver por ejemplo Ferrajoli (2009: 243 y ss.); Bustos, Terradillos, Hassemer y otros (1995).

<sup>9</sup> El texto de Edwin Sutherland que es analizado por Merton está tomado de la obra *Principes of Criminology*. En él, Sutherland señala: "*finalidad del castigo*. Se hacen intentos para determinar la *finalidad* o *función* del castigo en grupos distintos en diferentes momentos. Muchos investigadores han insistido en que determinado *motivo* era el *motivo* del castigo. Por otra parte, se destaca la *función* del castigo en el restablecimiento de la solidaridad del grupo que había sido debilitada por el delito. Thomas y Znaniecki han indicado que entre los campesinos polacos el castigo del delito está *destinado primordialmente* a reestablecer la situación que existía antes del delito y renovar la solidaridad del grupo, y que la venganza es una *consideración secundaria*. Desde este punto de vista, el castigo *atañe primordialmente* al grupo y sólo *secundariamente* al delincuente. Por otra parte, se han señalado como *función* del castigo la expiación, la disuasión, la justicia, la reforma, el ingreso para el Estado y otras cosas. En el pasado como en el presente no está claro que cualquiera de esas cosas sea el *motivo*; el castigo parece proceder de *muchos motivos* y desempeñar *muchas funciones*. Las leyes del tiempo presente no son, ciertamente, congruentes en *propósitos* o *motivos*; probablemente existía la misma situación en las sociedades antiguas" (Merton, 1995: 97).

observable de unas y no de otras, sino el punto de vista asumido para determinar las funciones: el de un observador y no el de un sujeto partícipe.

Para el tratamiento del problema planteado en este apartado resultan esclarecedoras las explicaciones de Agustín Squella, quien, antes de avocarse al análisis de las funciones y fines del Derecho, dedica algunas páginas a distinguir entre lo que puede y debe entenderse en general por función y fin. Comienza destacando que las palabras función y fines no sólo constituyen términos no unívocos, sino que también se encuentran afectados por una vaguedad e indeterminación mayor que otras palabras, lo cual, sumado a la frecuente confusión entre ambos significados y a que estos mismos varían según la teoría a la cual se adhiera –esto se retomará más adelante-, aumenta la dificultad en su análisis (2001: 509). El término función aludiría a que un elemento (x) desarrolla una tarea (y) en un contexto determinado o en un sistema más amplio (s) en el cual se halla inserto. Cuando inquirimos acerca de las funciones de algo, nos estamos preguntando por la o las tareas que ese algo cumple, por su aportación, por aquello que realiza según su condición. En cambio, la palabra fin alude al objeto a cuya consecución se dirige algo, a aquello para lo cual algo está en definitiva constituido. En palabras de Squella cuando preguntamos por las funciones de algo “preguntamos *por lo que hace*, en tanto que cuando preguntamos por los fines preguntamos *para qué lo hace*. De este modo, la palabra fines sugiere algo ulterior, algo que está situado más allá de las funciones, algo, por último, que de alguna manera se refiere al para qué de las funciones.” (2001: 509-510).

Es también esta crítica de confusión terminológica la que lleva a Vincenzo Ferrari a insistir en que lo que él entiende por análisis funcional –cuestión que aquí desarrollaré más adelante- consiste en el estudio de diversas fases de realización de proyectos teleológicos de acción social; se trata de un estudio de la *relación* entre las finalidades perseguidas, los medios propuestos y los resultados conseguidos o alcanzables. Y agrega: “subrayamos la referencia a la *relación* que existe entre los tres elementos (...) se trata de superar algunas objeciones dirigidas contra el uso de nociones que provienen de la Sociología funcionalista clásica, que –en opinión de algunos- confundirían conceptos distintos como finalidades, medios (...) La necesidad de distinguir analíticamente entre estos conceptos y de estudiarlos separadamente en un nivel empírico no excluye, sin embargo, la posibilidad, más bien impone la exigencia, de formular hipótesis sobre su correlación” (1989: 91-92). Pese a la declarada prevención de Ferrari, lo

cierto es que a lo largo de su obra no escapa del todo a la tentación de identificar como sinónimos funciones y fines<sup>10</sup>.

## 2) Distintos conceptos según la perspectiva epistemológica asumida

Como advertíamos al inicio y como se desprendía también de una de las citas previas -la que corresponde a Agustín Squella- la conceptualización de la función depende también de la perspectiva teórica que se tenga; o en términos más precisos, el concepto de función que se adopte dependerá también de la perspectiva epistemológica social que se asuma como punto de partida (Arnaud y Fariñas, 2006: 131). Las explicaciones que a continuación se exponen –y esto es necesario tenerlo presente- constituyen generalizaciones. Con fines explicativos se reúne en una misma categoría a autores que pueden presentar diferencias importantes en sus distintos puntos de vista, pero la categoría que los agrupa pretende ser descriptiva de rasgos comunes a las perspectivas particulares de cada uno de ellos, sin que se pretenda en ningún caso homogeneizarlas. Se expondrá primero el objetivismo, luego el subjetivismo, y finalmente, la perspectiva que se ha erigido para superar esta oposición, la constructivista.

**a) Desde una perspectiva epistemológica objetivista:** El objetivismo en las ciencias sociales extrema la regla durkheimniana relativa a la consideración de los hechos sociales, la cual impone tratarlos como cosas (Bourdieu, 2000: 128). En *Las reglas del método sociológico*, Durkheim señalaba: “La primera regla, y la de carácter más fundamental, es la de *considerar a los hechos sociales como cosas*.” (1994: 69). Si bien, es cierto que el hombre no puede vivir en medio de las cosas sin forjarse ideas de ellas y de acuerdo con ésta regular su conducta, ello engendra un problema para la investigación científica: que esas nociones o pre-nociones (como las llama Durkheim tomando la expresión de Bacon), al sernos más próximas y estar más a nuestro alcance que las realidades a que corresponden, tendemos naturalmente a *substituir las a los hechos mismos*, haciendo de esas nociones o representaciones el tema de nuestras especulaciones. Al hacerlo, “en lugar de una ciencia de realidades no hacemos más que un

---

<sup>10</sup> Así por ejemplo, en la introducción al capítulo IV señala “Los presupuestos básicos sobre los que hemos venido reflexionando en los capítulos anteriores, deberían permitirnos en este momento determinar de modo satisfactorio las funciones del Derecho. Estas, como se ha señalado en repetidas ocasiones, son entendidas como *objetivos primarios* asignados al Derecho por los actores sociales, o bien, en otros términos, como *finalidad* respecto a las que se ordena el uso de aquella modalidad de acción social que hemos definido como jurídica, que consiste en la persuasión de los interlocutores a través de la influencia de mensaje normativos hipotéticos, institucionales y <<justificables>>” (1989: 107). Las cursivas son mías, y las incluyo a fin de resaltar la confusión que imputo a Ferrari.

análisis ideológico”, por lo que los hechos sólo intervendrían de modo secundario, a modo de ejemplos o pruebas confirmatorias de esas prenociones, pero no serían el objeto de la ciencia, la que entonces iría de las ideas a las cosas y no de las cosas a las ideas. Mediante esas nociones – señala Durkheim- no se llegaría nunca a descubrir las leyes de la realidad; por el contrario, serían “...como un velo que se interpone entre las cosas y nosotros y que nos la oculta [-la realidad-] tanto más eficazmente cuanto más transparente se cree que es.” (1994: 69-70). Para superar este análisis ideológico, Durkheim propone considerar a los fenómenos sociales en sí mismos, “...con independencia de los sujetos que se forman una representación de ellos; hay que estudiarlos desde afuera. Como a cosas exteriores, pues es en calidad de tales como se presentan a nosotros.” (1994: 82).

El proyecto objetivista busca establecer regularidades objetivas -estructuras, leyes, sistemas de relaciones, etc.- independientes de la conciencia y voluntades individuales (Bourdieu, 2007: 44). El objetivismo “introduce una discontinuidad truncada entre el conocimiento docto y el conocimiento práctico, expulsando al estado de “racionalizaciones”, de “prenociones” o de “ideologías”, la representaciones más o menos explícitas de las que el último se arma”, y rechaza a su vez “...identificar la ciencia del mundo social con una descripción científica de la experiencia precientífica de ese mundo o, más exactamente, de reducir la ciencia social, como Schütz y la fenomenología, a “construcciones de segundo grado, es decir a construcciones de las construcciones producidas por los actores sobre la escena social” o, como Garfinkel y la etnometodología, a “rendiciones de cuentas” (accounts) que los agentes producen.” (Bourdieu, 2007: 44-45). Como señala José Manuel Fernández Sobrado, el objetivismo busca explicar la vida social por medio de causa y factores que escapan a la conciencia que de ella tienen sus participantes (1994: 115).

Arnaud y Fariñas señalan que desde una perspectiva epistemológica objetivista, la función puede ser definida como *la contribución de una parte (órgano) al todo (organismo)* (2006: 131)<sup>11</sup>. El paradigma asumido desde esta perspectiva es el biológico-organicista: se identifica a la sociedad con un organismo vivo y a cada una de sus instituciones y subsistemas, como órganos que con su funcionamiento contribuyen al mantenimiento y funcionamiento de la sociedad<sup>12</sup>. Así, desde la perspectiva objetivista, para conocer cuáles son las aportaciones que

---

<sup>11</sup> En el mismo sentido Ferrari (1989: 36)

<sup>12</sup> La asunción de este concepto de función por parte del Funcionalismo, fue objeto de profundas y fundadas críticas que llevaron al desprestigio del análisis funcional. Por la importancia en la configuración actual de ese método de análisis, trataré en un apartado distinto el funcionalismo y sus críticas como elemento que dificulta el concepto de

realizan los elementos de la sociedad a su mantenimiento y funcionamiento, se definen apriorísticamente las necesidades o exigencias que realiza el sistema a sus elementos a fin de mantener el punto de equilibrio (Ferrari, 1989: 36).

**b) Desde una perspectiva epistemológica subjetivista:** El subjetivismo en Ciencias Sociales – señala Fernández Sobrado- constituiría una formulación extrema del planteamiento clásico de Max Weber (1994: 115). Para Weber, su sociología es una sociología comprensiva: “...una ciencia que pretende entender, interpretándola, la acción social para de esa manera explicarla causalmente en su desarrollo y efectos.”. Acción, es una conducta humana (se trate de un hacer externo o interno, un omitir o permitir) a la que el sujeto o los sujetos enlazan un sentido subjetivo. La acción social es una acción en que “...el sentido mentado por su sujeto o sujetos, está referido a la conducta de *otros*, orientándose por ésta en su desarrollo” (Weber, 2002: 5).

Llevado al extremo, el planteamiento weberiano arriesga reducir el contenido del mundo social a la representación que de él tienen los actores sociales: a aquello que es percibido por el pensamiento del sentido común (Fernández, 1994: 115). Desde el subjetivismo, la ciencia social se reduce a la producción de informes sobre informes producidos por los agentes sociales (Bourdieu, 2000: 128), interpretaciones de segundo y de tercer orden –afirma Fernández Sobrado (1994: 116)-. La expresión más pura del planteamiento subjetivista se encontraría –de acuerdo a Bourdieu- en Alfred Schütz<sup>13</sup>, para quien, las construcciones de las ciencias sociales,

---

análisis funcional; críticas y réplicas que por lo demás, podrían explicar gran parte del desarrollo de las ciencias sociológicas.

<sup>13</sup> Puede resultar ilustrador consignar un pasaje de la obra de Schütz al que en distintos momentos y lugares recurre Bourdieu, no sin antes aclarar que, pese a que el pasaje es el mismo, el tenor literal no es igual a la traducción que incluye Bourdieu en su obra, pues él se basa en la traducción francesa de Schütz, mientras que aquí se utiliza la española: “Los hechos, datos y sucesos que debe abordar el especialista en ciencias naturales, son hechos, datos y sucesos solamente dentro del ámbito de observación que le es propio, pero este ámbito no <<significa>> nada para las moléculas, átomos y electrones que hay en él. En cambio, los hechos sucesos y datos que aborda el especialista en ciencias sociales tienen una estructura totalmente distinta. Su campo de observación, el mundo social, no es esencialmente inestructurado. Tiene un sentido particular y una estructura de significatividades para los seres humanos que viven, piensan y actúan dentro de él. Estos han preseleccionado y preinterpretado este mundo mediante una serie de construcciones de sentido común acerca de la realidad cotidiana, y esos objetos de pensamiento determinan su conducta, definen el objetivo de su acción, los medios disponibles para alcanzarlo; en resumen, lo ayudan a orientarse dentro de su medio natural y sociocultural y a relacionarse con él. Los objetos de pensamiento contruidos por los expertos en ciencias sociales se refieren a los objetos de pensamiento contruidos por el pensamiento de sentido común del hombre que vive su vida cotidiana entre sus semejantes, y se basan en estos objetos. Las construcciones sociales usadas por el especialista en ciencias sociales son, pues, por así decir, construcciones de segundo grado, o sea, construcciones de las construcciones hechas por los actores en la sociedad misma, actores cuya conducta el investigador observa y procura explicar de acuerdo con las reglas de procedimiento de su ciencia.” (Schütz, 1974: 37-38).

son construcciones de segundo grado; es decir, construcciones de construcciones hechas por los actores de la escena social (Schütz, 1974: 37).

Mientras que para el objetivismo el conocimiento científico se obtiene mediante una ruptura con las representaciones de los agentes sociales, lo que conduce a las causas inconscientes, para el subjetivismo, el conocimiento científico está en continuidad con el conocimiento de sentido común, puesto que no es otra cosa que una construcción de construcciones sociales (Bourdieu, 2000: 129). La función, desde esta perspectiva subjetivista -siguiendo a Vincenzo Ferrari, quien explícitamente se ubica en esta línea epistemológica<sup>14</sup>-, puede ser definida como la *“tarea o el conjunto de tareas, no incompatibles entre sí, que son atribuibles con carácter primario a aquel elemento por el sujeto que actúa mediante ellos en el sistema”* (1989: 53). A diferencia de la conceptualización objetivista, el punto de partida aquí es el actor social. Para saber cuáles son las funciones de los elementos del sistema es necesario conocer los objetivos de los individuos que actúan en el sistema. Arnaud y Fariñas sintetizan esta posición de la siguiente manera: “Es el propio <<actor social>>, con sus objetivos, sus finalidades y sus proyectos de acción social, el que delimita y define la <<funciones>>, que han de realizar los elementos del sistema” (2006: 131).

Si se analiza críticamente esta perspectiva –y se recuerda la desprolijidad terminológica explicada antes- se advierte que desde este enfoque cuesta diferenciar entre las tareas que desarrolla un elemento en un contexto determinado y las finalidades perseguidas por los actores sociales con dichas tareas. Puede que en la fijación de estas últimas intervengan los sujetos con ciertos objetivos determinados, sin embargo, el sentido de esos proyectos de acción, así como el campo de posibilidades para emprenderlos, dependen a su vez de estructuras externas al sujeto; su determinación escapa al campo de acción de éste, pues le preceden, y en cierto sentido –más indirecta que directamente- lo determinan a él mismo. Y a esto podría agregarse la posibilidad de que las tareas que desempeña un elemento no obedezcan a algún proyecto de acción, sino que éstas deriven de la interacción de ese elemento con el contexto en cual opera o con otras estructuras del mismo, o que incluso, existan proyectos contradictorios. Más adelante se volverá sobre este tema, en el marco de una evaluación del análisis funcional en el ámbito jurídico, pero desde ya debe tomarse nota de lo poco descriptiva y productiva que resulta la diferenciación

---

<sup>14</sup> Ya desde el prólogo a la segunda edición de *Funciones del Derecho*, Ferrari señala que “...la clave de bóveda del libro es la reformulación del análisis funcional en términos subjetivistas, relativistas y teleológicos de forma que pueda ser compatible con aquellas corrientes de pensamiento que describen la acción humana como fruto y, al mismo tiempo, como proyección simbólica de una pluralidad de intereses, iniciativas y atribuciones de significado.” (1989: 24).

entre sujeto y objeto como dos campos separados y opuestos; cuestión que nos introduce en el siguiente apartado.

**c) La mirada constructivista como opción para superar la clásica oposición subjetivismo-objetivismo:** Considerando las implicaciones epistemológicas presentes en el debate que precedentemente se ha expuesto, la importancia que tiene a la hora de determinar qué podemos entender como un conocimiento adecuado, cuál es el rol del sujeto, cuál su relación con la exterioridad, así como las repercusiones que pueda tener una definición en estos ámbitos cuando pretendemos abordar el estudio de la *función, uso y eficacia simbólica del Derecho*, parece necesario perfilar en un apartado la visión constructivista, pues se estima la más adecuada para su estudio.

Uno de los objetivos de este trabajo es intentar un enfoque que supere la clásica oposición objetivismo/subjetivismo, calificada por Bourdieu como ruinosa (2007: 43). Esto implica –si se toma como referencia al concepto de *función* de Ferrari- reconocer que las posibilidades de acción social de los sujetos no están absolutamente abiertas y entregadas a su voluntad, sino que ellas se encuentran a su vez determinadas, aunque no absolutamente, por estructuras previas, las cuales tampoco le son por entero ajenas, pues tienen un origen histórico. Un enfoque de este tipo puede ser aplicado y fundamentado a, y desde, diversas disciplinas, pues como destaca Martínez García, el constructivismo más que una escuela parece un proyecto interdisciplinar y ha tenido diversas manifestaciones en diversos campos<sup>15</sup> (1992: 20). Aquí, sólo se examinarán aquellos aspectos epistemológicos y teóricos que permiten ir introduciendo la perspectiva desde la cual abordaré el *uso, la eficacia y función simbólica del Derecho*.

Como señala Bourdieu, Cassirer es sin duda quien ha proporcionado uno de los elementos más importantes para romper con la distinción entre estructura y representación, u objetivismo y subjetivismo, al criticar el modo de pensamiento substancialista que llevaba a no

---

<sup>15</sup> El término constructivista –explica Jesús Ignacio Martínez García (1992: 17)- es un rótulo polivalente bajo el cual es posible encontrar diversos puntos de vista asumidos desde diversas disciplinas. En sociología del conocimiento, la teoría de Berger y Luckmann postula la realidad como socialmente construida (1997). En teoría ética –destaca Martínez (1992: 18)- está Rawls, quien califica su pensamiento como constructivismo Kantiano; o en el mismo ámbito, Ronald Dworkin, quien opone dos modelos generales para una teoría moral y jurídica: natural y constructivo. Bajo el término constructivismo también se ha incluido el proyecto de la Escuela de Erlangen de construir un lenguaje profesional común al científico, técnico y práctico (Martínez, 1992: 18). En neurociencias, pese a su expresa intención de diferenciarse de algún tipo de constructivismo, el trabajo de Francisco Varela (2000; 2005) puede apreciarse como un constructivismo que, en algunos aspectos, es similar al que en sociología asume Bourdieu (2000b; 1997; 1992). Finalmente, entre muchas otras referencias, podemos mencionar también el Constructivismo Radical de Ernst Von Glasersfeld que es el que sirve de base a Martínez García (1992).

reconocer la existencia de ninguna otra realidad más allá de aquellas que se ofrecen a la intuición directa en la experiencia ordinaria, los individuos y los grupos (Bourdieu, 2000: 129). En su lugar, basándose en el concepto de función desarrollado en las ciencias matemáticas y físicas, Cassirer propone un pensamiento relacional que identifique lo real ya no con substancias sino con relaciones. Lo que caracteriza a este tipo de pensamiento, más que un mero darse cuenta de la existencia de relaciones, es su capacidad para aislar esas relaciones y considerarlas en su sentido abstracto; para eso –indica Cassirer- ya no se depende de datos sensibles concretos, de datos visuales, auditivos, táctiles, kinestésicos, sino que se consideran estas relaciones “en sí mismas” (1987: 66-67). Desde este enfoque, las distintas formas culturales –arte, ciencia, mito, religión, lenguaje- deben entenderse “...en un sistema cuyos miembros aislados, precisamente en necesaria diversidad, se condicionen y exijan mutuamente.”. Cassirer ve en esta nueva forma de pensamiento la única vía que permite escapar a la dialéctica de la doctrina metafísica del ser: concebir que términos como “contenido”, “forma”, “elemento”, “relación”, etc. no son independientes el uno de otro, sino más bien se trata de términos dados conjuntamente y en determinación recíproca (Cassirer: 2003: 41)<sup>16</sup>. De esta manera, el postulado de una unidad puramente funcional aparece en lugar de la unidad del substrato y origen que dominaba esencialmente el antiguo concepto del ser (2003: 16).

La fijación de los dominios tradicionalmente atribuidos a lo objetivo y su opuesto subjetivo, sólo puede realizarse a través de las mismas formas culturales. Éstas no son un espejo que refleje las imágenes de un ser dado, exterior o interior -aclara Cassirer-. En lugar de ser medios indiferentes, las distintas formas culturales “...son las auténticas fuentes luminosas, las condiciones de la visión y los orígenes de toda configuración.”, y por ello participan y colaboran en la constitución y fijación del concepto del yo y del mundo. (2003: 36). Luego, no se trata ya de establecer la precedencia o sucesión de lo sensible en relación con lo espiritual, sino de constatar que en el material mismo de lo sensible se revelan y manifiestan funciones fundamentales del espíritu (2003: 56). Nos desenvolvemos en un mundo de imágenes que no es que estén reproduciendo un mundo de cosas existentes en sí –señala Cassirer-. Para la pregunta

---

<sup>16</sup>Bourdieu ubica en esta misma forma de pensamiento relacional a Durkheim, pues la “realidad social” de la que éste hablaba es –según Bourdieu- “...un conjunto de relaciones invisibles, las mismas que constituyen un espacio de posiciones exteriores las unas a las otras, definidas las unas por relación a las otras, por la proximidad, la vecindad o por la distancia, o también por la posición relativa por arriba o por abajo, o también, entre, en medio.” (Bourdieu, 2000: 129-130). Sólo a modo de prevención, puede ser útil recordar que lo que se explicaba como *objetivismo* no es en sí el pensamiento de Durkheim, sino el extremar uno de sus planteamientos más básicos: tratar los hechos sociales como cosas.



por la “cosa en sí” -lo que está fuera de las funciones espirituales- no se tiene respuesta. De este modo, Cassirer concluye que la única verdad objetiva que se le revela al espíritu es, en última instancia, la forma de su propia actividad. Es sólo a través de las funciones “...que descubrimos y nos hacemos de aquello que llamamos “realidad”.” (2003: 57).

Bourdieu, insistentemente, es claro en destacar el problema que implica extremar los planteamientos subjetivistas y objetivistas y presentarlos como dos proyectos irreconciliables. Mientras el subjetivismo obvia las condiciones de posibilidad de la experiencia vivida, esto es, excluye interrogarse sobre “...la coincidencia de las estructuras objetivas y de las estructuras incorporadas que proporcionan la ilusión de comprensión inmediata” (Bourdieu, 2007: 44); el objetivismo omite analizar la apariencia de inmediatez con la que se ofrece el sentido de la experiencia del mundo, es decir, omite objetivar la relación objetivante. En otras palabras “...debido a que ignora la relación entre el *sentido vivido* que la fenomenología social explicita y el *sentido objetivo* que la física social o la semiología objetivista construyen, se proscribe analizar las condiciones de la producción y del funcionamiento del *sentido del juego social* que permite vivir como algo evidente el sentido objetivado en las instituciones” (2007: 45-46).

El mismo Bourdieu presenta su postura como un constructivismo estructuralista, y al explicar el porqué del segundo término, señala que en el mundo social mismo, y no sólo en los sistemas simbólicos –léase mito, lenguaje, etc.-, existen estructuras objetivas que son independientes de la conciencia y voluntad de los agentes, las que son capaces de orientar o coaccionar sus prácticas y representaciones (Bourdieu, 200: 127). Al confrontar este primer elemento con la perspectiva de Ferrari, se advierte que las funciones que desempeña un elemento en la realidad social –en nuestro caso el Derecho, una norma o una institución jurídica-, no obedecen necesariamente a proyectos de acción de los sujetos, e incluso, haciéndolo, esos mismos proyectos de acción –*funciones*- pueden venir orientados o coaccionados por otras estructuras que le preceden. Luego, la construcción de la realidad social no depende absolutamente de los sujetos, ni tampoco les es absolutamente ajena. Esto último queda claro cuando se complementan las explicaciones de Bourdieu en relación al primer término que designa su perspectiva, el de constructivismo.

Con constructivismo, quiere indicar que existe una génesis social de los esquemas de percepción, de pensamiento y representación –que son constitutivos de lo que él denomina *habitus*- y también de las estructuras, particularmente lo que en su pensamiento se denomina

campos y grupos (Bourdieu, 2000: 127). Al explicar su concepto de *habitus*<sup>17</sup>, señala que a través de él busca precisamente “...escapar de la filosofía del sujeto sin dejar de tomar en cuenta al agente (...), así como de la filosofía de la estructura pero sin olvidar los efectos que ésta ejerce sobre y a través del agente.” (Bourdieu y Wacquant, 1992: 121-122). De esta manera –afirma García Inda- lo que Bourdieu hace con el término constructivista es subrayar en su metodología un enfoque subjetivista, al poner el foco “...sobre la génesis de las estructuras mentales, que a su vez condicionan y generan las prácticas.” (Bourdieu, 2000b: 13).

Desde una perspectiva constructivista –como la sostenida por Berger y Luckmann- existen múltiples realidades, y no una. Lo que pueda considerarse como realidad es siempre una construcción social, pues las acumulaciones específicas de realidad y conocimiento pertenecen a los distintos contextos sociales específicos (Berger y Luckmann, 1997: 15 y 38). Así, la realidad puede entenderse, simplemente, como una cualidad propia de los fenómenos que se reconocen como independientes de la propia volición, en el sentido de que no se puede hacerlos desaparecer; y el conocimiento es, únicamente, la certidumbre de que los fenómenos son reales y de que poseen características específicas (Berger y Luckmann, 1997: 13). El hombre y su mundo social interactúan; la externalización y la objetivación son momentos de un proceso dialéctico común, junto con la internalización, que es el momento en que el mundo social objetivado vuelve a proyectarse en la conciencia del individuo durante su proceso de socialización (Berger y Luckmann, 1997: 83). Al desempeñar roles –señalan Berger y Luckmann- el individuo participa en un mundo social, y al internalizarlos, ese mismo mundo cobra realidad para ellos subjetivamente (1997: 92). Decir que los roles representan instituciones es decir que posibilitan que ellas existan, una y otra vez, como presencia real en la experiencia de los individuos concretos (1997: 99)<sup>18</sup>. Para Berger y Luckmann, en el proceso dialéctico por el cual una realidad va cristalizándose como *la* realidad social, juega un papel muy importante la legitimación,<sup>19</sup> que entienden como una “...objetivación de significado de segundo orden”, donde se producen nuevos significados que sirven para integrar los ya atribuidos a procesos institucionales dispares. “La función de la legitimación –señalan- consiste

---

<sup>17</sup> El concepto será desarrollado más adelante cuando analicemos la teoría de los campos jurídicos de Bourdieu, como un eventual marco para el estudio de la función, uso y eficacias simbólicas.

<sup>18</sup> En el curso de la historia, señalan Berger y Luckmann, los roles que representan simbólicamente el orden institucional total se han localizado las más de las veces en las instituciones políticas y religiosas (1997: 101).

<sup>19</sup> El tema de la legitimidad irá apareciendo a lo largo todo el trabajo, y aunque por las pretensiones del mismo no recibe un acabado desarrollo aquí, sí se trata con algo más de detalle en relación a las funciones del Derecho que serán desarrolladas más abajo.

en lograr que la objetivaciones de “primer orden” ya institucionalizadas lleguen a ser objetivamente disponibles y subjetivamente plausible.” (Berger y Luckmann, 1997: 120-121)<sup>20</sup>.

Pero existe además un planteamiento relativamente novedoso que, en el ámbito de las neurociencias, ha sido propuesto por Francisco Varela<sup>21</sup> y que podría complementar el marco constructivista del que se ha dado cuenta hasta aquí. Para Varela, el conocimiento no puede ser entendido como una mera actividad intelectual, como algo que transcurre exclusivamente en el cerebro. No consiste en un mero tratamiento de información que brinda el exterior, que es lo que el constructivismo plantea sin diferir de las corrientes que quiere superar, pues lo único distinto en relación a ellas viene dado por reconocer el carácter histórico o estructurado de las categorías de percepción y de la realidad social. Pero Varela plantea que el conocer implica también al cuerpo, al organismo tomado como un todo, un cuerpo que se desenvuelve, que se expone y manipula un entorno con el que interactúa a través de actividad sensorio-motriz. Producto de esta manipulación o interacción con el entorno surge la conciencia, en todos los aspectos que podamos incluir en ella: espacio, tiempo, razón, sentimientos, etc. Esta es la llamada perspectiva *enactuada* de Varela, que pretende superar la idea de racionalidad cartesiana y pone en un mismo nivel, como inevitablemente inseparables, al cerebro, el cuerpo y el entorno. El debate que hasta aquí se ha expuesto implica una profunda cuestión epistemológica, respecto de la cual parece más adecuado el enfoque *enactivo* de Varela por incorporar algo que, aunque evidente, extrañamente no suele ser considerado: la realidad material del cuerpo.

*Enacción*, es una traducción del neologismo en inglés *enaction*, que Varela toma de “*to enact*” y que significa tanto poner en ejecución algo, una ley, como representar o actuar en el sentido que se le da al trabajo del actor. Desde el enfoque de la *enacción* la conciencia misma se aprecia como un fenómeno emergente encarnado, irresolublemente ligada a la acción de un sujeto en el mundo, experiencia a partir de la cual co-emergen sujeto y objeto “La mente – señala Varela- no es la representación de un determinado estado de cosas; la mente es la

---

<sup>20</sup> Para los autores, la *institucionalización* aparece cada vez que se da una tipificación recíproca de acciones habitualizadas por tipos de actores (1997: 76).

<sup>21</sup> Francisco Varela es un neurobiólogo chileno, quien es conocido en el ámbito de las ciencias sociales por ser, junto a Humberto Maturana, los creadores del concepto de *autopoiesis*, que fuera luego incorporado por Luhmann a su teoría de sistemas, aunque el mismo Maturana se ha manifestado en contra de la utilización de ese concepto para la explicación de los sistemas sociales (Maturana y Varela: 1997: 18-19). Lamentablemente, menos fama han tenido otros desarrollos teóricos de los autores –que luego se distanciaron intelectualmente- y que podrían resultar muy fructíferos para las ciencias sociales, especialmente, de Maturana, sus estudios sobre la incidencia de los sentimientos (2003) y de Varela, su concepto de *enacción*, que será al que nos referiremos en este trabajo.

producción constante de esta realidad coherente que constituye un mundo...” (2000: 247)<sup>22</sup>. Que la cognición esté *enactivamente* encarnada quiere decir que es algo que producimos por el acto de manipular, por medio de una manipulación activa, y ese es para Varela el principio fundacional de la mente<sup>23</sup>. “En otras palabras –señala Varela- el mundo ahí afuera y lo que hago para estar en ese mundo son inseparables. El proceso los vuelve totalmente interdependientes...”. Y más adelante agrega que, como consecuencia de lo anterior, “...la mente es inseparable del organismo como un todo. Tendemos a creer que la mente está en el cerebro, pero el hecho es que el ambiente también incluye a todo el resto del organismo (...) En otras palabras, el organismo como una red de elementos co-determinados determina que nuestra mente sea, literalmente, inseparable, no sólo del ambiente externo, sino también de aquello que Claude Bernard denominó el *milieu intérieur*, el hecho de que no sólo estamos dotados de un cerebro sino de todo un cuerpo” (2000: 242)<sup>24</sup>.

Las ideas constructivistas aportan elementos importantes para concebir la función como una estructura objetiva, que actúa en un espacio determinado y estructurado, que guarda relación con los agentes, tanto porque de alguna manera, en parte, los constituye y condiciona, como porque éstos precisamente actúan a través de ellas. Pero lo hacen en un espacio socialmente estructurado, con ciertas dinámicas que potencian o limitan sus proyectos de acción. En este sentido, este enfoque permite explicar la incidencia de la función, su mantención, los diversos fines que mediante ellas pueden perseguirse, bajo qué circunstancias y con qué límites; y en términos del discurso jurídico, podría ofrecernos explicación en relación a la práctica de los operadores jurídicos, el rol que juegan en la mantención o modificación del sistema, y principalmente, poner en relación una función con ciertas estrategias que tienen fines emancipatorios o de dominación.

---

<sup>22</sup> Que es lo mismo que examinábamos en relación al constructivismo pero involucrando un aspecto que escapa al mero plano de las ideas.

<sup>23</sup> Podremos ver luego la diferencia fundamental que existe en este sentido con Cassirer, quien ve en la función de representación el principio fundamental de la conciencia. Ver de este trabajo el apartado N° 2 del capítulo II, donde se trata la cuestión simbólica.

<sup>24</sup> No es éste el lugar para desarrollarlo, pero creo que esta perspectiva puede presentar mucha utilidad a la hora de explicar y fundamentar los derechos humanos; más que la idea de racionalidad cartesiana de lo cual derivaría una cierta dignidad, el ser humano puede ser visto como un verdadero polo experienciador que se desenvuelve activamente en un entorno, y a partir de este hecho surge para él un mundo. Esta mutua construcción sujeto-mundo involucra aspectos que preceden a la razón, en el sentido que tienen lugar antes de la traducción a ideas racionales. Se trata de cuestiones relacionadas con nuestra *tonalidad emocional* y que son la base de cualquier conocer. Desde este punto de vista pienso que pueden explorarse, por ejemplo, valiosos argumentos para una teoría de las necesidades.

### **3) Las críticas al Funcionalismo y el desprestigio del análisis funcional**

Este apartado está dedicado a exponer qué puede entenderse, en general, por Funcionalismo, con el único objeto de analizar las críticas de las que ha sido objeto y cómo éstas llevaron también al desprestigio del análisis funcional.

La corriente de pensamiento que genéricamente se denomina Funcionalismo nace en el contexto de las tesis organicistas de la sociedad. Comparte con el análisis estructural y sistémico su preocupación por dotar a las ciencias sociales de un aparato teórico riguroso, y también, el considerar la realidad social como una totalidad en la que hace falta buscar leyes de ordenación, basándose en el supuesto de interdependencia de los fenómenos sociales (Chevalier y Loschak, 1986: 110). El paradigma desde el cual el Funcionalismo explica la realidad social, considerada como un todo, es el orgánico-biológico. El Funcionalismo –señala Ferrari- funde sus raíces en el determinismo sociológico y su metáfora organicista de la sociedad (1989: 48). Es decir, el origen del Funcionalismo primó más una concepción de función bajo su significado biológico: la contribución que un elemento aporta al organismo del que forma parte; y menos, una concepción de función en sentido estrictamente matemático: en referencia a la relación existente entre dos o más elementos.

No existe una única concepción del Funcionalismo en las ciencias sociales<sup>25</sup> -ni tampoco forma parte de mi objeto dar cuenta de ellos-, pero en términos generales puede ser definido como aquella filosofía social que sugiere una interpretación de la realidad social a través de las funciones desarrolladas por elementos simples o complejos, que operan en un ámbito definido, a menudo descrito como un sistema (Ferrari, 1989: 35). En toda teoría funcionalista encontramos los conceptos de sistema social, entendido como el ámbito definido donde operan los distintos elementos e interactúan los individuos, y la noción de estado, condición o punto de equilibrio de ese sistema, que resume las exigencias funcionales del mismo y permite determinar las funciones o aportaciones realizadas por cada uno de los elementos a él, a fin de mantener ese estado o punto de equilibrio (Arnaud y Fariñas, 2006: 145; Nagel, 1985: 474).

Robert Merton -en una labor que es destacada como uno de los primeros intentos por distinguir el análisis funcional, como método de conocimiento, del Funcionalismo<sup>26</sup>- destaca

---

<sup>25</sup> Para una visión sintetizada de distintos paradigmas funcionalistas, ver Arnaud y Fariñas (2006: 144-152).

<sup>26</sup> Así lo afirman Chevalier y Loschak (1986: 112), Ferrari (1989: 39) y Arnaud y Fariñas (2006: 132), entre otros. Para Chevalier y Loschak, Merton se sitúa en lo que llaman un funcionalismo renovado, en oposición a otro que califican de absoluto, y que corresponde principalmente a las ideas desarrolladas en el ámbito antropológico por

cómo en los análisis funcionales desarrollados hasta antes de él, se habían aceptado acríticamente tres postulados estrechamente relacionados entre sí y que resultaron ser discutibles e innecesarios para la orientación funcional. Se trata de postulados asumidos por el Funcionalismo como filosofía social y que sostendrían: "...primero, que las actividades sociales o las partidas culturales estandarizadas son funcionales para *todo* el sistema social o cultural; segundo, que todos estos renglones sociales y culturales desempeña funciones sociológicas; y tercero, que son, en consecuencia, *indispensables*." (1995: 98). A esos postulados los denomina, respectivamente: el *de la unidad funcional de la sociedad*, el *del funcionalismo universal*, y el *de la indispensabilidad*<sup>27</sup>.

Nagel, analizando el Funcionalismo, desarrolla una rotunda crítica al traspaso del modelo biológico al ámbito de los estudios sociales. Para él, en el ámbito de la biología –desde donde se importa la metáfora organicista– no existen mayores dificultades para identificar al organismo vivo (sistema), ni las funciones desarrolladas por los órganos que permiten definir el estado de estar vivos. En consecuencia –señala– "...puesto que es posible especificar claramente en la biología el sistema *S* y el estado *G*, tiene sentido preguntarse, y buscar una respuesta a través de la investigación experimental, si *S* se mantiene en el estado *G* y, en caso

---

Malinowski y Radcliffe Brown. No obstante lo dicho y el propósito tenido en vista por Merton, lo cierto es que su noción de función sigue estando ligada aún a una perspectiva que la analiza como contribuciones o aportaciones al ajuste o adaptación, por lo que no resulta útil para una conceptualización en el puro ámbito jurídico del análisis funcional, tal como se verá más adelante. Como una cuestión aparte, pero importante de tener presente, conviene recordar que estos intentos por ubicar en categorías que a veces se llaman corrientes de pensamiento, escuelas, etc., imponen necesariamente destacar rasgos comunes entre distintos autores, y al mismo tiempo, soslayar algunas diferencias. Por ejemplo, dentro de esto que los autores llaman funcionalismo absoluto de los antropólogos, ni siquiera los mismos antropólogos referidos estaban de acuerdo en la existencia de una escuela. Así se lee en Radcliffe-Brown cuando acusa a Malinowski de irresponsable por afirmar de él que se había autocalificado como inventor de la Escuela Funcionalista en Antropología Social. "No hay lugar en la ciencias naturales para <<escuelas>> en este sentido, y yo considero la antropología social como una rama de las Ciencias Naturales (...) Concibo la antropología social como la ciencia natural teórica de la sociedad humana, es decir, la investigación de los fenómenos sociales con métodos esencialmente similares a los que se utilizan en las ciencias físicas y biológicas." (1986: 215-216). Y señala también: "La afirmación de que soy un <<funcionalista>> me parece carente de sentido." (1986: 215). Destaco estas citas no por mero afán anecdótico, sino por lo ilustrador que resultan para la caracterización del Funcionalismo y qué implica agrupar a diversos autores bajo el rótulo de una misma escuela o corriente.

<sup>27</sup> Para un análisis detallado de los mismos ver Merton (1995: 98-110). Chevalier y Loschak, sintetizando la manera en que Merton concibe y explica estos tres postulados señalan: "[A Merton] el postulado de *la unidad funcional de la sociedad*, según el cual cada elemento del sistema es funcional a la vez para el sistema entero y para cada uno de sus elementos, le parece contradicho por los hechos: no todas las sociedades tienen un grado de integración tal que cada actividad llene una función tanto para la sociedad como para su miembros; además desvía la atención de las diversas consecuencias que puede tener un mismo elemento para diferentes grupos sociales. El postulado del *funcionalismo universal*, según el cual todo elemento del sistema cumple una función, descuida la existencia de formas culturales que no tienen ninguna consecuencia funcional. Por último *el postulado de necesidad*, que significa que cada elemento es indispensable para la coherencia del todo, supone que un elemento tiene siempre una sola función y que una función no puede ser cumplida más que por un elemento y uno sólo- lo que no confirma la realidad" (1986: 112).

de que así ocurra, mediante cuáles mecanismos (...) En cambio, con respecto a la condición de supervivencia de una sociedad, no hay nada en este dominio que sea comparable con las “funciones vitales” reconocidas generalmente en la biología como atributos definitorios de los organismos vivos (...) Por ello no es fácil establecer un criterio de supervivencia social que sea fructífero y no puramente arbitrario” (Nagel, 1989: 474-475).

El Funcionalismo, entendido en la forma en que aquí se ha caracterizado, experimentó sus mayores desarrollos en el ámbito de la antropología bajo el especial impulso de Malinowski y Radcliffe-Brown, y las diversas críticas que habitualmente se dirigen al Funcionalismo se entienden referidas a esa concepción. Específicamente están referidas a su carácter apriorístico, conservador<sup>28</sup> y legitimador del status quo, así como a la desatención que prestan a los conflictos sociales.

En efecto, las exigencias que el sistema efectuaría a los distintos elementos de la sociedad a fin de mantener el sistema o –como señala Ferrari- el ámbito de relaciones considerado en su mejor condición, esto es, en la más equilibrada (en referencia al equilibrio parsoniano)<sup>29</sup>, no pueden sino ser definidas apriorísticamente (Ferrari, 1989:36; Arnaud y Fariñas, 2006: 149). En palabras de Ferrari “...las explicaciones funcionalistas se presentan como explicaciones apriorísticas y homeostáticas de los sistemas de relación o acciones sociales y denuncian así la imposibilidad de definir, si no es con un parámetro ideológico, el punto de equilibrio óptimo y sus requisitos imprescindibles; por tanto, las fuerzas que operan de

---

<sup>28</sup> Para una crítica que haga justicia al Funcionalismo, no puede dejar de mencionarse que el carácter conservador imputado a las tesis funcionalistas es una crítica que cobra sentido sólo desde una perspectiva retrospectiva, juzgándolo a partir de los posteriores desarrollos de las ciencias sociales. Si atendemos a la época en que fueron formuladas las ideas de Radcliffe-Brown y Malinowski, su carácter progresista es innegable, señalan Chevalier y Loschak. Al tiempo de ser formuladas las tesis funcionalistas, éstas “...iban en contra de las concepciones evolucionistas y difusionistas aún en vigor en antropología; y al insistir sobre la independencia entre los elementos de una cultura, advertían, indirectamente, sobre el riesgo que el contacto de los europeos y el choque de dos civilizaciones tan diferentes comportaban para el equilibrio de las sociedades arcaicas.” (Chevalier y Loschak, 1986: 111).

<sup>29</sup> Talcott Parsons es conocido como uno de los principales sociólogos estructural-funcionalista. Suele reprochársele un cierto desdén por el cambio social, pues el concepto de equilibrio ocupa un lugar central en su modelo de la sociedad como sistema –en sentido contrario a esta crítica se encuentran Chevallier y Loschak (1986: 115-116)-. La idea de equilibrio, señala Parsons, “es el concepto clave para entender cómo el sistema se arregla frente a las exigencias impuestas por un medio circundante cambiante, sin sufrir cambios esenciales de estructura. O por el contrario, no logra tal ajuste y se ve llevado a otros procesos como son: cambios estructurales, su disolución como sistema incapaz de mantener sus límites o al establecimiento de estructuras secundarias de carácter patológico”. Las explicaciones sistémicas de Parsons suponen *componentes estructurales* –valores, normas, instituciones, colectividades y roles- que son los que se mantienen estables frente a las fluctuaciones menores que experimenta el sistema en su relación con el entorno; y también, *categorías funcionales básicas* –mantención de modelos, integración, obtención de metas, adaptación-. La cuestión del equilibrio derivaría del carácter dado y estable que tiene la cultura normativa institucionalizada, en relación a lo cual lo funcional es considerado como “la mediación entre las exigencias impuestas por la constancia de la estructura y las impuestas por lo dado de la situación externa al sistema.” (Parsons, 1961).

modo <<equilibrante>> o <<desequilibrante>>, <<funcional>> o <<disfuncional>>.” (1989: 36). Javier de Lucas destaca cómo la tarea de reconstrucción del análisis funcional emprendida por Ferrari –sobre lo que volveré más adelante- se basa en dos críticas fundamentales, la de rechazar el a priori del equilibrio estable y la de reconsiderar la cuestión del conflicto que había sido soslayado por el Funcionalismo, o bien, tratada como una cuestión estrictamente patológica, cuando -a juicio de de Lucas- la realidad, por el contrario, se empeña en demostrar su carácter básico e ineliminable<sup>30</sup>.

El excesivo énfasis integracionista del funcionalismo es destacado también por Fariñas y Arnaud, para quienes Parsons termina dando una visión mítica e idealizada del consenso social al deducir que de las necesarias interrelaciones sociales se deriva una interacción armónica y pacífica. Al explicarse los conflictos sociales como patológicos o como fallos ocasionales del proceso de socialización, el funcionalismo sólo busca el mantenimiento de las estructuras sociales, lo que lo hace merecedor de las críticas de conservadurismo y legitimador del status quo, pues los conflictos son considerados disfunciones corregibles mediante mecanismos de control social, lo que conlleva ignorar la capacidad de innovación de la acción social y los individuos que interactúan en el sistema (2006: 148-149).

La desatención al conflicto social llevó también a que a la perspectiva funcionalista se le opusiera clásicamente el conflictualismo, cuando en verdad, se trata de términos asimétricos que se desenvuelven en planos distintos; el primero, en el plano metateórico o metodológico, y el segundo, en el teórico sustantivo. Como señala Ferrari, por *conflictualismo* se entiende siempre una visión general de las relaciones sociales determinadas por conflictos, mientras que por *funcionalismo*, desde un punto de vista metodológico, debe entenderse simplemente una teoría fundamentada en el análisis de las aportaciones conferidas por una parte a un todo. La verdadera oposición se encontraría –señala Ferrari- entre la sociología de la integración y la sociología del conflicto, y no entre funcionalismo<sup>31</sup> y conflictualismo (Ferrari, 1989: 19-20 y 37).

En definitiva, las críticas dirigidas al Funcionalismo -determinismo organicista, su carácter integracionista, apriorístico, ideologizado y legitimador del status quo- llevaron al descrédito no sólo de la teoría Funcionalista, sino también de su método de análisis, el *análisis*

---

<sup>30</sup> Javier de Lucas en (Ferrari, 1989: 12).

<sup>31</sup> Ferrari está aquí hablando de un Funcionalismo entendido en su aspecto puramente metodológico, liberado de los elementos ideológicos que, en su opinión, son indispensables, tanto para la fijación del punto de equilibrio, como para la de las exigencia o necesidades a cuya satisfacción se orientan las funciones.



*funcional*. El punto de partida común a toda crítica del Funcionalismo radica precisamente en “...haber olvidado la dimensión instrumental y metodológica del análisis funcional, convirtiéndolo en una visión <<ideológica>>, <<ontológica>>, <<objetivista >> y casi <<metafísica>> de los sistemas sociales.” (Arnaud y Fariñas, 2006: 147). Ello hizo necesario distinguir el Funcionalismo –teoría global de la sociedad que tiende a explicarla en los términos antes señalados- del *análisis funcional*, que es un método de conocimiento científico. Bobbio intenta diferenciarlos de la siguiente manera: “el análisis funcional de una institución (...) puede prescindir perfectamente de esa especie de filosofía social que es el funcionalismo y (...) no es en absoluto incompatible con un análisis crítico de la institución fundado precisamente en la mayor o menor utilidad social de la función que esa institución cumple. Mientras que el análisis funcional puede ignorar al funcionalismo, una teoría crítica de la sociedad, por la que entiendo cualquier teoría que se plantee el problema de ver no solamente cómo funciona una sociedad, sino también cómo no funciona o cómo debería funcionar, no puede ignorar el análisis funcional porque la crítica de una institución comienza precisamente por la crítica de su función...” (1990: 263). De esta manera, podemos concluir que no todo análisis funcional tiene que asumir los presupuestos epistemológicos de la particular concepción sociológica que implica el Funcionalismo (Arnaud y Fariñas, 2006: 132).

## **B) Una propuesta conceptual y metodológica de *función* y *análisis funcional***

### **1) La Función**

Como se ha expuesto previamente, no resulta fácil dar un concepto de función y de análisis funcional, principalmente por la filiación de estos términos al Funcionalismo y por haber sido integrados en una doctrina que Peter Achinstein denomina “de las consecuencias positivas”<sup>32</sup>. Este es el marco en el que habitualmente se ha movido el Funcionalismo como teoría social y que Ferrari denomina como “la metafísica del equilibrio” (1989: 35 y 39); en él, la actuación de un elemento X en S se refiere a una efecto objetivamente positivo (Ferrari, 1989: 49). Por todas las razones antes expuestas, no es éste el marco más apropiado dentro del cual concebir la función ni el análisis funcional.

No obstante lo anterior, tampoco parece necesario que para evitar los a priori del Funcionalismo, deba incluirse en el concepto de *función* referencias a que las tareas que

---

<sup>32</sup> En el marco de esta doctrina “la (una) función de X en el sistema S corresponde a Y si y sólo si X cumple Y (en S), y cumpliendo Y (en S), aporta un beneficio (sobre S o sobre algo relacionado con él, por ejemplo, respecto de quienes lo usan, en el caso de los elementos producidos artificialmente.” (Achinstein, 1977: 342).

desempeñan los elementos son atribuibles con carácter primario por los sujetos que actúan mediante él en el sistema, que es lo que propone Ferrari. Evidentemente, resulta positivo y necesario pasar a una visión que considere los proyectos de acción social de los sujetos al tiempo de evaluar las funciones sociales que desempeñan las instituciones sociales, pero ello no impone necesariamente incluir dichas referencias en el concepto de función, pues ellas pueden y deben ser consideradas al tiempo del *análisis funcional*. La propuesta de Ferrari, loable y acertada en términos genéricos, podría llevar a suponer que las funciones sociales son siempre determinadas por los sujetos que actúan mediante ellas en el sistema. Es verdad que él considera que dicha atribución es realizada con *carácter primario* por los sujetos, pero incluir esto en el concepto de *función* podría llevar a excluir la posibilidad de que las funciones sociales obedezcan no a proyectos de acción, sino que deriven de las distintas formas de interacción entre las diversas estructuras sociales, o que incluso, esas funciones no sean queridas por nadie ni se tenga conciencia de la ocurrencia de las mismas. Una posición como la de Ferrari ignora, además, el “contexto o coerción estructural” destacada por Merton, derivado del estado de interdependencia en que se encuentran los diversos elementos que integran la estructura social.<sup>33</sup> Desde el punto de vista de lo aquí hemos venido desarrollando, el error de Ferrari pasa por trasladar el elemento intencional o de finalidad, al concepto de función, cuando en verdad, tal como señala él mismo más adelante, esta cuestión forma parte del análisis funcional.

La tarea emprendida por Ferrari se explica por el objetivo que éste tiene en vista: trasladar el análisis funcional, desde el objetivismo de que era presa bajo el Funcionalismo, hacia un subjetivismo que considere los proyectos de acción social de los sujetos sociales. Sin embargo, no se entiende la necesidad de incluir en el concepto de función las referencias a los sujetos, pues aunque ese paso permite dar cuenta de uno de los elementos que contribuyen a determinar las tareas que desempeña una institución en la sociedad, a su vez, podría inducir a excluir otros elementos externos a los proyectos de acción de los mismos, que forman parte de la realidad social y de los cuales incluso depende el sentido que se les atribuya a las acciones o proyectos de acciones de esos sujetos. Desde este punto de vista, una definición apropiada de función debe limitarse a describir las tareas que un elemento desempeña en su contexto, sin

---

<sup>33</sup> El concepto de contexto o coerción estructural apunta a que las alternativas funcionales que puedan existir para un elemento no son ilimitadas, sino que sus posibilidades están delimitadas por la interdependencia de los elementos de una estructura social, de modo que ciertos elementos de un sistema social no pueden ser eliminados sin afectar el resto del sistema (1995: 128).

referencias previas a los órganos, sujetos o elementos de los cuales depende, pues eso, constituiría igualmente un a priori. Tampoco debe incluirse en el concepto los efectos que pueda tener la función en el contexto en el cual se desenvuelve, pues la indagación de esos y otros factores se realiza en el marco del análisis funcional; es decir, en el marco del examen de esas tareas, examen que debe buscar relacionarlas con sujetos y otros elementos o estructuras sociales que pueden contribuir a determinarlas o explicarlas.

Los conceptos de función analizados en este trabajo, incluido el de Ferrari<sup>34</sup>, son dados en el marco de una teoría general, con énfasis en llevar el análisis a términos más genéricos y abstractos. Ese es el punto de partida también que asume Nagel para criticar los distintos conceptos de función dados en el ámbito sociológico. Por el contrario, el propósito que guía esta parte del trabajo apunta a definir la función de la manera en que más útil resulte para el análisis funcional, que pueda servir de herramienta para examinar no sólo al Derecho considerado genéricamente, sino también para analizar alguna de sus normas o instituciones en particular, y siempre en un contexto definido temporal y espacialmente, sin pretensiones de desarrollar una teoría general acerca de las funciones desarrolladas por el Derecho, por todo Derecho, en toda sociedad. Sólo entendiendo de esta forma al análisis funcional, podremos pasar, en el tercer capítulo, a evaluar su idoneidad para el estudio que proponemos.

Desde este punto de vista, se entenderá por *función la tarea o conjunto de tareas desarrolladas por un elemento en un contexto más amplio en el cual se encuentra inmerso o sobre el cual actúa*. Este concepto mínimo de función, parece lo suficientemente amplio como para evitar apriorismos, pues no hace referencia a los efectos de tales tareas para el contexto en el que se desenvuelven, ni tampoco a los sujetos, dinámica, estructuras o elementos que determinan esas tareas. Del mismo modo, una concepción así de mínima, impone llenar ese concepto mediante observación y análisis empírico, y no supone ninguna tarea como propia, per se, a un elemento. Al hacer referencia exclusivamente a las tareas, se evita la confusión con los fines que persiguen dichas tareas, se centra exclusivamente en *qué hace* y no *por qué, para qué o para quién*. Las respuestas a esta últimas interrogantes no corresponde resolverlas a través del concepto de función, sino del de *análisis funcional*, y creo –adelantando un poco las conclusiones del tercer capítulo– que ni aun así concebido, el análisis funcional permite dar cuenta bien, por sí sólo, del por qué, para qué o para quién de las funciones.

---

<sup>34</sup> Ver Ferrari (1989: 109).

El concepto expuesto guarda cierta relación con el propuesto por Merton<sup>35</sup>, para quien la función o funciones son el *conjunto de consecuencias observadas que favorecen a la adaptación o ajuste del sistema*. Se parecen, en la medida en que los limita a las categorías objetivas de consecuencia observadas, diferenciándolo así del elemento subjetivo o intencional. Se diferencian, no obstante, porque el criterio de si favorece o no a la adaptación del sistema se reservará para calificar una función de positiva o negativa, y no para definir el término. Al decir que coinciden en el punto de las consecuencias objetivas observables, sólo se quiere resaltar analíticamente la diferencia entre funciones y fines, y no asumir las consecuencias epistemológicas implícitas en la oposición objetivo-subjetivo, ni tampoco rechazar que las funciones puedan surtir sus efectos en las creencias de los sujetos. La tarea o conjunto de tareas que desempeña un elemento, a diferencia de lo que sostiene Ferrari –pero su obra debe entender en el marco de una teoría general-, sí pueden ser incompatibles unas con otras, lo que sería puesto de relieve en un análisis funcional. Lo que interesa en estos casos es formular cánones que permitan valorar, en palabras de Merton, el saldo líquido del agregado de consecuencias –léase, con Merton, funciones y disfunciones-. Esta cuestión resulta fundamental si el análisis funcional es utilizado para orientar la formación y ejecución de una política pública (1989: 126).

## 2) El Análisis Funcional

El análisis funcional -a diferencia de lo que ocurría al interior del Funcionalismo- puede estar enmarcado en lo que Achinstein denomina la “doctrina de la finalidad”<sup>36</sup>. Bajo este otro marco, Ferrari señala que el análisis funcional se resuelve en el estudio del proyecto del sujeto *A*, el elemento *X* que realiza el proyecto y los diversos estados del sistema *S*, en cuanto son también dependientes de la realización de *X*. Esto es lo mismo que decir –señala más adelante- que “....el análisis funcional se produce en realidad a través del estudio de la relación entre finalidad, medios y resultados, es decir, en un actuar estratégico, aunque es obvia la necesidad de afrontar el estudio sin la rigidez que, por lo demás, ya temía Weber.” (1989: 50)

---

<sup>35</sup> Al igual que el de Ferrari, quien pese a su intento por dar un giro subjetivista al concepto de función, como destaca Javier de Lucas, María José Añón, y según reconoce el propio Ferrari en el prólogo a su segunda edición, guarda de todas maneras muy pocas diferencias con el dado desde la perspectiva objetiva por Merton (1989: 14, 27 y 28).

<sup>36</sup> En el análisis funcional enmarcado en esta doctrina “la (una) función de *X* (en *S*) corresponde a *Y* si y sólo si *X* cumple *Y* (en *S*) y cumpliendo *X* (en *S*) realiza o contribuye a realizar cualquier objetivo que *X* (o *S*) posea o bien posee aquel que utiliza, detenta o ha proyectado *X* (o *S*)” (Achinstein, 1977: 342).

Tiene razón Ferrari en la necesidad de incluir en el análisis funcional las diversas posibilidades estratégicas que se esconden o manifiestan en las tareas que desempeña los elementos, aunque se equivoca en que consista solo en eso. Siguiendo el estudio de García Inda en relación a la obra de Bourdieu, puede afirmarse que las meras explicaciones y conciencia del sujeto no constituyen una explicación suficiente de la práctica (1997: 49). En el ámbito del Derecho, sin duda que la cuestión de las estrategias o motivos resulta de suma importancia, pues el Derecho es, ante todo, un fenómeno complejo de poder que ha servido especialmente a fines de dominación, pero que alberga igualmente, bajo ciertas circunstancias, un potencial emancipatorio. Sin embargo, si bien el análisis de las finalidades detrás de la producción y prácticas jurídicas resulta imprescindible, por sí solo, no es suficientemente descriptivo ni explicativo de la realidad social del Derecho; en otras palabras, no todas las funciones que pueda desarrollar el Derecho en un momento delimitado temporal y espacialmente, obedecen a proyectos de acción de actores sociales.

El problema de la concepción de Ferrari sobre el *análisis funcional* es su marcado énfasis subjetivista. Olvida Ferrari que la realidad social no puede ser explicada únicamente a partir de las representaciones de los sujetos; no explica cómo esos sujetos se forman esas representaciones, a partir de que estructuran el sentido de sus acciones y juzgan el de otros actores. Valiéndonos de las palabras de Bourdieu, podría decirse de Ferrari que, en su análisis funcional, excluye la interrogación acerca de las propias condiciones de posibilidad de la experiencia vivida. (Bourdieu, 2007: 44).<sup>37</sup> Considerando estos breves apuntes y siguiendo a Arnaud y Fariñas, el *análisis funcional* puede conceptualizarse como *aquel método de conocimiento científico que analiza y explica la realidad social, parte de ésta, o alguno de sus elementos, fenómenos o estructuras, mediante el estudio de las funciones o tareas que el objeto analizado realiza en el contexto del que forma parte, las que debería realizar, y cómo las realiza o debería realizarlas*. En el ámbito del Derecho, consistirá en el *método científico que analiza y explica el Derecho, alguna de sus instituciones, normas y demás fenómenos normativos, por las tareas o funciones que realiza en el contexto en que opera, las que debería realizar, y cómo las realiza o debería realizarlas*.

Es en éste ámbito, y no en el concepto de función, donde sí interesa incluir el estudio de los diversos proyectos de acción de los sujetos y los medios de los que se valen. Este método

---

<sup>37</sup> Ver en este trabajo el apartado de este mismo capítulo 1.A.2.C sobre *La mirada constructivista como opción para superar la clásica oposición subjetivismo-objetivismo*.

permite develar si las tareas que desempeña un elemento dentro de un contexto obedecen a proyectos de acción de algún sujeto que persigue ciertas finalidades, declaradas o no, pero es también idóneo para el estudio de aquellas funciones que no pueden identificarse con el proyecto de acción de un actor social determinado, sino que obedecen a la dinámica desarrollada por cierta estructura durante algún tiempo. Es decir, no es posible filiar *todas* las funciones que desempeña una norma, institución, o *un* Derecho en general, a específicos proyectos de acción de los sujetos, pero tampoco debe desatenderse la utilidad que pueden revestir ciertas funciones para esos proyectos de acción -sea que las tareas desarrolladas por el elemento tengan o no su génesis en dichos proyectos de acción-, pues esa utilidad (función positiva) puede ser una de las razones que explican la mantención de la función en el tiempo.

Merton intentó demostrar cómo el análisis funcional no implicaba necesariamente un compromiso ideológico específico, pues los tintes de ese tipo, presentes en la obra de distintos analistas funcionales, revestían un carácter extrínseco y no intrínseco a la teoría funcional<sup>38</sup>. El análisis funcional revisado críticamente –sostiene– “...es neutral en relación con los grandes sistemas ideológicos” (1995: 116). En un intento por desarrollar un paradigma de *análisis funcional* metodológico e instrumental, Merton expuso lo que consideró los conceptos y problemas fundamentales del mismo. Por razones de espacio no pueden ser tratados detalladamente todos, pero además del concepto de **coerción estructural** visto antes, parece importante destacar:

**i. Concepto de disposiciones subjetivas:** que como se destacó antes, consisten en los motivos, propósitos o finalidades de los individuos de un sistema social (1995: 126). Este elemento resultará clave cuando se intente diferenciar de la función y eficacia simbólica del Derecho, al uso simbólico del mismo.

**ii. El concepto de consecuencias objetivas:** Ante el error del Funcionalismo que limitaba las observaciones sociológicas al análisis de las aportaciones positivas de una entidad al sistema social o cultural que la comprende, Merton distingue entre *funciones*, *disfunciones* y *consecuencias afuncionales*. Las primeras coinciden con su concepto de función; las segundas corresponden a consecuencias observadas que aminoran la adaptación o ajuste del sistema; las

---

<sup>38</sup> Esto no quiere decir que en las hipótesis y análisis particulares no pueda advertirse un papel ideológico perceptible. En la elección misma de los problemas a investigar es posible advertir algún compromiso ideológico. Esta cuestión también es destacada por Merton al preguntarse “En qué medida la posición social del sociólogo funcional (por ejemplo, en relación con un cliente particular que autorizó una investigación dada) implica una formulación de un problema y no otra, afecta a sus supuestos y conceptos y limita el campo de inferencias que pueden sacarse de sus datos” (1995: 130).

terceras, se refieren a consecuencias que son simplemente ajenas al sistema de estudio. En este trabajo, en lugar de utilizar esta terminología se preferirá las categorías de *funciones positivas, negativas y disfunciones* que serán expuestas más adelante. Respecto a la categoría de *consecuencias afuncionales*, se propone desecharla por cuanto bajo el concepto propuesto de función implicaría una contradicción hablar de consecuencias objetivas afuncionales: el hecho de ser ajenas al sistema estudiado es una cuestión que se concluirá del análisis funcional y que no implica que deba dejar de ser caracterizada como función. De hecho, una situación como ésta invita a indagar acerca de las tareas o funciones que un elemento puede desempeñar fuera del sistema estudiado, en relación a otros subsistemas o sistemas, pues ninguno de éstos reviste el carácter de absolutamente autónomo en relación al resto. La palabra objetiva se entiende aquí como sinónimo de observables o medibles y cómo antónimo de motivos o finalidades. Se destaca esto, pues alguna de las funciones que desempeñen los objetos del análisis funcional *pueden perfectamente* tener lugar a nivel representacional de los individuos, en virtud de sus efectos simbólicos; la cuestión importante para el análisis pasa sólo porque éstas *sean demostrables*.

**iii. Concepto de exigencias funcionales:** Es el punto más discutible del análisis funcional ¿Cómo establecer las exigencias funcionales sin caer en los apriorismos funcionalistas ni en el reduccionismo subjetivista que sólo considera las representaciones de los actores sociales? Esto impone proponer mecanismos o procedimientos para validar los supuestos de esas exigencias y fijar sus diversos tipos, por ejemplo, universales o específicas (Merton, 1995: 127). En nuestras sociedades actuales, la manera que menos críticas merecería para determinar las exigencias que el sistema plantea, pasa por intentar dilucidar cuáles son las necesidades que la mayoría de los actores sociales plantea al sistema<sup>39</sup>. Sin embargo, esta afirmación presenta dos problemas: el primero se relaciona nuevamente con la clásica oposición objetivismo y subjetivismo: la sola acción o intenciones de los sujetos no permite explicar a cabalidad la realidad social, pues desatiende ciertas estructuras externas que el sujeto internaliza y en base a las que dota de sentido la realidad; el segundo, dice relación con que no todas las sociedades se encuentran estructuradas democráticamente y, por tanto, no todos los sujetos o grupos tienen los medios materiales e institucionales para expresarlas. Pero esto no obsta a sostener que la manera menos criticable de concebir las exigencias funcionales estructurales es remitiéndolas a lo que la

---

<sup>39</sup> Para eso sería necesario valerse de los distintos mecanismos de investigación social: encuestas, entrevistas, análisis de datos eleccionarios, plebiscitos, referéndums, estudio de movimientos sociales, etc.

mayoría de los sujetos del espacio analizado plantean como necesidades, aunque debe reconocerse que éste es un tema sumamente complejo y que incluso podría tener ribetes prescriptivos, afectando el valor metodológico instrumental del análisis funcional<sup>40</sup>.

### C) Clasificación de las funciones

En este apartado se revisará la conocida clasificación mertoniana de *funciones manifiestas y latentes*, así como otra clasificación que también podría desprenderse de Merton, la que distingue entre *funciones positivas y negativas*. Pero antes una prevención: en relación a este punto debe considerarse lo expuesto antes, que Merton incluye en el concepto mismo de función lo que aquí se denominará *funciones positivas*, y llama *disfuncionales*, a lo que aquí se prefiere llamar *función negativa*, pues el término disfuncionalidad -siguiendo a Bobbio- será reservado para designar al mal funcionamiento o desempeño de una función.

**1) Según si las funciones aparecen como queridas o deseadas conscientemente por la sociedad o el actor social que actúa a través del elemento al que se atribuye la tarea, distinguimos:**

**a) Funciones manifiestas:** para Merton consisten en aquellas consecuencias objetivas para una unidad específica (persona, subgrupo, sistema social o cultural) que contribuyen a su ajuste o adaptación y se esperan así (1995: 138-139). Esas consecuencias –señala- son “...buscadas y reconocidas por los participantes del sistema”; en estos casos, “...el propósito subjetivo

---

<sup>40</sup> Los otros conceptos y problemas fundamentales del análisis funcional destacados por Merton son: 1) ***Las cosas que pueden ser objeto de análisis funcional:*** debe sea algo estandarizado, entendiendo por tal, algo que sea normado y reiterativo, tales como papeles sociales, normas institucionales, emociones culturalmente normadas, instrumentos de control social, etc. (1995: 125). 2) ***Concepto de unidad servida por la función:*** Como determinadas funciones desempeñadas por el objeto de análisis pueden ser funcionales para unos individuos y subgrupos y, a la vez, disfuncionales para otros, es necesario determinar el campo de unidades para los cuales una cosa tiene consecuencias. Debe entonces considerarse en el análisis a los individuos en posiciones sociales diferentes, subgrupos, el sistema social general y los sistemas culturales (1995: 126-127). 3) ***Los mecanismos mediante los cuales se realizan las funciones:*** Esto supone una exposición concreta y detallada de los mecanismos sociales que actúan para realizar una función: división de papeles, aislamiento de exigencias institucionales, ordenación jerárquica de valores, división social del trabajo, estatutos rituales y ceremoniales, etc. (1995: 127). 4) ***Concepto de dinámica y de cambio social:*** A superar la crítica al Funcionalismo relativa a perpetuar el statu quo, contribuía el concepto de equivalentes funcionales, pero es el disfuncionalidad –que veremos en el siguiente epígrafe bajo el nombre de *función negativa*- el que más contribuye a este cambio, pues dicho concepto alude una tirantez, esfuerzo y tensión en el nivel estructural, lo que proporciona una actitud analítica para el estudio de la dinámica y del cambio social. (1995: 128-129). 5) ***Concepto de alternativas funcionales:*** Hace referencia al margen de variación posible en las cosas que pueden satisfacer una exigencia funcional. El concepto nace como consecuencia lógica del abandono del supuesto de indispensabilidad de las estructuras particulares que desempeñaban funciones que orientaba al Funcionalismo. La utilidad de la concepción de las alternativas funcionales es que permite superar la identificación entre lo existente como inevitable.



coincide con la consecuencia objetiva” (1995: 126). Si prescindieramos del elemento que les reconoce a esas consecuencias objetivas el carácter contributivo a la adaptación o ajuste de la unidad –pues ese elemento no está integrado en la noción de función que aquí se ha asumido-, entonces podrían ser definidas como –y será la concepción que se asumirá en adelante- *la tarea o conjunto de tareas que desempeña un elemento de la sociedad y que **aparecen** como buscadas o reconocidas por los participantes del sistema.*

Ahora bien, retomando un elemento destacado por Merton como característico de este tipo de función -a saber, la coincidencia del propósito subjetivo y las consecuencias objetivas- es necesaria una nueva observación. Merton, al parecer, ignora que *el propósito declarado puede no coincidir efectivamente con el querido*; es decir, que la tarea explícitamente atribuida a un elemento puede no corresponder al querer real de los actores. Esto lleva a considerar inconveniente hacer referencia a esa *coincidencia* para definir la función manifiesta. En consecuencia, para calificar a una función como manifiesta sólo basta hacer referencia a las funciones que explícita o patentemente se le han asignado a un elemento, es decir, basta establecer que ellas *aparecen como buscadas o reconocidas*, sin entrar a analizar si coincide efectivamente con el propósito subjetivo de los participantes del sistema.

**b) Funciones latentes:** en estos casos –sostiene Merton- se trata de consecuencias objetivas inesperadas, que no han sido buscadas ni reconocidas por los participantes del sistema, por lo que el propósito subjetivo y las consecuencias objetivas divergen (1995: 126 y 139). Como destaca García Villegas, aquí Merton demuestra cierta ambigüedad, pues no queda claro si las funciones de este tipo sólo tienen el carácter de colateral, es decir, que no se esperan y son ajenas a los propósitos del sujeto, o si bien, por el contrario, resultan de una intención implícita no declarada, del sujeto actuante. Al parecer, concluye García, ambas situaciones estarían comprendidas en el concepto (1993: 84). Pero en nuestro caso además, como se ha sostenido que las funciones no siempre obedecen a proyectos de acción de los sujetos, debe ofrecerse un concepto que incluya todas las posibilidades. De modo que, en base a estas consideraciones, se entenderá por funciones latentes *aquellas funciones que, consistiendo en proyectos de acción de los sujetos, no **aparecen** como queridas o buscadas por ellos, sea porque no las previeron o porque obedecen a un propósito que no ha sido declarado, y aquellas funciones que, sin consistir en esos proyectos de acción, son ignoradas o desconocidas por los sujetos.*

Varias páginas son las que dedica Merton a argumentar acerca de la finalidad heurística de la distinción entre funciones manifiestas y latentes, las que conviene reseñar aunque sea de manera sintética, pues resultan valiosas para el tema de las *funciones del Derecho* que se analiza más adelante.<sup>41</sup> La distinción entre funciones manifiestas y latentes –señala Merton– enriquece el análisis de normas sociales aparentemente irracionales, permitiendo la interpretación sociológica de prácticas sociales que persisten aun cuando su finalidad manifiesta no se consigue, lo que amplía la atención del observador más allá de los estrechos límites impuestos por el mero examen de si se consiguen o no las finalidades manifestadas (1995: 140); dirige la atención hacia campos de investigación fructíferos en teoría, donde las aportaciones intelectuales del sociólogo respecto de las consecuencias inesperadas son las que le dotan de un carácter distintivo (1995: 141-142); representa importantes progresos de los conocimientos sociológicos, porque agrega elementos que se distancian del “sentido común” acerca de la vida social (1995: 144); y finalmente, impide la sustitución del análisis sociológico por juicios morales ingenuos, puesto que las “...valoraciones morales en una sociedad tienden a hacerse en gran parte por las consecuencias manifiestas de una práctica o de un código...”, de modo que el análisis de las funciones latentes, puede ir, en ocasiones, contra las valoraciones morales predominantes (1995: 146-147). En el mismo sentido, Arnaud y Fariñas destacan cómo desde una perspectiva empírica “... tan importante o más que conocer las <<funciones>> *manifiestas*, es analizar las <<funciones>> *latentes*, en relación con los efectos prácticos que en la sociedad tienen las instituciones y las normas jurídicas” (2006: 134). Y en la misma línea García Villegas reconoce la dificultad de analizar empíricamente la “intención”, pero resalta la importancia que esto tiene para el estudio y comprensión de la eficacia simbólica y sus implicaciones políticas. La producción social de discurso jurídico –sostiene– “...no puede ser explicada a cabalidad si no se amplía el espectro de funciones cumplidas por el derecho y si, además, no se acepta que los creadores y aplicadores de las normas jurídicas, en ocasiones, son conscientes de que actúan por razones diferentes a las manifestadas” (1993: 84).

Si se quiere dar cuenta acabada de la manera en que el Derecho incide en la vida social, no basta con reconocer que él desempeña tanto funciones manifiestas como latentes, sino que es necesario también analizar, entre otras cosas, si la ineficacia de las primeras constituye en sí misma una función latente. García Villegas señala que todas estas posibilidades están determinadas por un campo de juego en el cual se libran estrategias que ponen en relación un

---

<sup>41</sup> Para un análisis detallado de estas virtudes ver Merton (1995: 140-148)

discurso con una práctica, un decir con un hacer: “Que el enunciado jurídico sea la causa explícita de la práctica es sólo una de las posibilidades. Que el enunciado jurídico sea completamente ajeno a la práctica es otra posibilidad. Entre estas dos situaciones se presenta una gran variedad de casos en los cuales el discurso jurídico hace posible una práctica que, si bien no resulta de sus objetivos, tampoco habría sido posible de no existir el enunciado” (1993: 85). Así, es posible encontrar ciertas prácticas sociales contrarias a la función manifiesta de una norma que no pueden ser explicadas como un foco de resistencia a éstas –no pueden juzgarse como meras consecuencias de la ineficacia instrumental de la norma-, sino que se trata de prácticas que han sido posibles gracias al Derecho mismo.

## **2) Según si las funciones son armónicas con los proyectos de acción y/o el mantenimiento de una estructura:**

**a) Funciones positivas:** Merton –pero bajo el nombre *función* propiamente tal- las conceptualiza como las consecuencias objetivas que contribuyen a la adecuación o ajuste del sistema. Clásicamente, en el marco de la filosofía social funcionalista, han sido expresadas como aquellas funciones que contribuyen al punto de equilibrio del sistema, pero por las razones ya expuestas no es conveniente adherir a esa conceptualización<sup>42</sup>.

Para calificar de positiva o negativa a una función, lo importante es lo que se considera como referencia adecuada. Por todas las razones expuestas respecto al Funcionalismo, no puede asumirse que el hecho de contribuir a la supervivencia, mantenimiento, o equilibrio social, constituyan el referente más adecuado<sup>43</sup>, pues como destacaba Merton, el método debe centrarse tanto en la estática como en la dinámica social, y esta concepción –la del mítico punto de equilibrio social- desatiende a las posibilidades de cambio social y a los proyectos de acción de los sujetos sociales, albergando así una visión patológica del conflicto social. Pero se nos presenta otro problema, el de la plurifuncionalidad de algunos elementos o estructuras, funciones que pueden ser positivas y/o negativas, y que motivan el concepto mertoniano de

---

<sup>42</sup> Podría sostenerse que ese concepto vale en la medida en que se complementa con una perspectiva de corte más subjetivista y se consienta en que el punto de equilibrio del sistema está determinado por la satisfacción de las demandas o necesidades sociales definidas por la mayoría de los individuos. Sin embargo, esto igual presenta inconvenientes, ver el *concepto de exigencias funcionales* explicado antes.

<sup>43</sup> Lo que además es fuente de otras tantas dificultades relativas a conceptualizar cuándo un sistema se entiende colapsado, ¿cuándo hay desordenes, desmanes, movilizaciones sociales mayoritarias y persistente, o más, una revolución triunfante? o bien ¿Cuándo sus principales instituciones sociales no funcionan o lo hacen de mala manera?, pero en este caso ¿en base a qué criterios se determina esto?

*saldo neto o líquido de consecuencias* (Merton, 1995: 126)<sup>44</sup>. A lo que debe agregarse además, que es necesario determinar para quienes resulta positiva una función, pues como destacaba Merton: lo que resulta positivo para una unidad puede que no lo sea para otra.

A fin de guardar la debida coherencia con las explicaciones expuestas antes y los conceptos que se han ido adoptando en este trabajo, deben hacerse algunas precisiones. Asumir una perspectiva subjetivista –atender a los proyectos de acción de los sujetos- para calificar como positiva una función no reviste ningún problema; la cuestión problemática radica en entender por funciones *únicamente* aquellas atribuidas por los actores sociales al elemento o estructura –tal como hace Ferrari-, o centrarse *exclusivamente* en la idea de contribución o aminoramiento del ajuste o adecuación del sistema –como hace Merton-. La determinación del carácter positivo o negativo de una función, es una labor posterior a la identificación de las distintas tareas –funciones- que el objeto analizado desempeña en la sociedad. Esta calificación es, de hecho, uno de los productos del análisis funcional: ámbito en el que precisamente es donde deben ponerse en juego y relación las intenciones, finalidades, motivos o proyectos de acción que los actores intentan realizar a través de las tareas que desempeñan elementos en la sociedad; tareas que están determinadas por cuestiones ajenas a los sujetos –como por ejemplo, la dinámica de interacción de las propias estructuras, incorporadas o no por éstos- y también, en algún grado, por esos mismos proyectos de acción de los sujetos. Diversas estructuras en la sociedad desempeñan diversas funciones, las que no dependen absolutamente de los sujetos. En sus proyectos de acción, ellos pueden intentar valerse para diversos fines de dichas estructuras –por las tareas que ellas desempeñan-. El carácter positivo de la función derivará de la armonía, utilidad o coherencia que representen esas tareas en relación a las estrategias, usos o finalidad que persiguen los sujetos con sus proyectos de acción. Luego, el carácter positivo de una función se encuentra estrechamente relacionado con los sujetos en relación a los cuales se evalúe y con la correspondencia que guarde la función con sus proyectos de acción.

Pero estas referencias no agotan el concepto de función positiva. Es necesario, además, complementarlo con otros elementos que han sido destacados más desde la perspectiva objetivista, pues las tareas que desempeña un objeto pueden igualmente encontrarse en armonía y contribuir, como destacaba Merton, a la mantención de otra estructura, un sistema o un dinámica determinada. En estos casos, la función resultará positiva para el mantenimiento de

---

<sup>44</sup> El que para Juan Jesús Mora resulta casi imposible de determinar empíricamente por la cantidad de elementos subjetivos que juegan en la ponderación (2001: 168).

esa estructura o dinámica de interrelación. Luego, una función es positiva, o puede ser positiva, tanto en referencia a la utilidad o sincronía que guarde con los proyectos de acción de los sujetos que actúan en la sociedad a través del elemento -objeto del análisis funcional-, así como también, en relación al mantenimiento de una estructura o sistema.

Puede intentarse un ejemplo trasladando esto al ámbito socio-jurídico y tomando una de las funciones destacadas habitualmente en relación al Derecho, la de legitimación del poder social<sup>45</sup> (Ferrari, 1989: 115-116 y 197-219; Arnaud y Fariñas, 2006: 141-142). Esta función, interpretada de la manera amplia en que proponen Arnaud, Fariñas y Ferrari, consiste en aquella tarea desempeñada por el Derecho en virtud de la cual, éste, genera consenso sobre las acciones humanas, convirtiéndose en un factor de convicción que puede dirigirse tanto a un interlocutor directo o a un auditorio que trasciende a éste último (Ferrari, 1989: 199-200). Legitimar una acción mediante el Derecho -señala Ferrari- significa "... justificarla exhibiendo su adhesión a un modelo normativo reconocible..." (1989: 199). En este sentido amplio de la función legitimadora del Derecho por el que opta Ferrari -quien parte su análisis en base a la concepción weberiana de legitimidad<sup>46</sup> (Ferrari, 1989: 197)- pueden distinguirse dos momentos en su desarrollo (Arnaud y Fariñas, 2006: 142). Un primer momento consiste en que el Derecho, mediante normas de competencia y procedimentales, legitima a las personas que emiten el mensaje jurídico: la tarea que el Derecho desempeña en este caso es la de legitimar la estructura y los órganos del grupo social. Un segundo momento en el desarrollo de la función legitimadora consiste en que el Derecho funciona igualmente como legitimador de las acciones de esos mismos destinatarios del mensaje jurídico; en este caso, el Derecho funciona como un argumento que procura una situación de ventaja al actor que a él recurre.

Así, el Derecho puede legitimar la manera de resolver conflictos mediante la intervención de un tercero -juez- y a través de un procedimiento reglado. Quienes intervienen en esa disputa pueden reconocer como legítima esa intervención, contribuyendo con ello al mantenimiento de esa institución en la sociedad -la estructura judicial-. Del mismo modo, las partes intentarán invocar en su favor normas jurídicas intentando legitimar su acción y estrategia dentro del proceso, contribuyendo igualmente de esta forma al mantenimiento de la

---

<sup>45</sup> Esto será tratado en detalle más adelante, aquí sólo se busca argumentar en relación al criterio a que debe atenderse para la clasificación de funciones positivas y negativas.

<sup>46</sup> Por ahora, para efectos del ejemplo planteado, importa retener que Weber, en términos genéricos, trata la legitimidad como la posibilidad de que un poder sea retenido como tal en una medida relevante, y que de ello derive una correspondiente acción práctica (Weber, 2002: 171). O en otras palabras, la legitimidad es, de hecho, una creencia social de que la acción es legítima. Para un estudio de la idea de legitimidad en Weber, puede verse Fariñas Dulce (1991: 164-173), Serrano Gómez (1994).

institución. Estos casos podemos agruparlos bajo lo que Jacques Vergès llamaba *procesos de connivencia* (2009)<sup>47</sup>. Aquí, las *funciones de legitimación y de resolución o tratamientos de conflictos que desempeña el Derecho* pueden calificarse de *positivas*, tanto para el mantenimiento de la institución, como también para los proyectos de acción de los sujetos, los cuales son elaborados bajo la confianza de la permanencia o continuidad de la institución. Hoy llega a ser visto como natural, normal, de sentido común, traducir cualquier conflicto social a términos jurídicos, a términos de derechos, obligaciones, colisión de derechos, limitación de derechos, etc. Sin duda que esto se debe muchos factores: contribuyen los profesionales jurídicos, su formación, el *habitus* que los caracteriza, la estabilidad de la estructura judicial y su aceptación como legítima, también razones históricas, como el intento del Estado Social de juridificar el conflicto capital-trabajo, etc. Sin embargo, no puede olvidarse que muchos conflictos sociales, no todos, transcurren, se desarrollan y se justifican por cada uno de los actores bajo otros términos que nada tienen que ver con los jurídicos. Más fácil es encontrar en ellos justificaciones materiales, necesidades insatisfechas, exigencias de recursos, denuncias de abusos físicos, defensa frente a una fuerza brutal, etc., y no el recurso a conceptos como derechos, prevalencia de derechos, abuso de derechos, deber jurídico, etc. Es cierto que esta situación es cada vez menos común, pues el Derecho ha impregnado la cultura de tal manera que los conflictos son concebidos en términos jurídicos de una manera casi espontánea, aceptando con naturalidad la idoneidad de los términos y el campo en que se desenvuelve su solución. Esto ocurre gracias a que el Derecho es visto como legítimo en la sociedad de que se trate, se tiene la creencia incuestionada, casi natural, en el carácter legítimo del instrumento.

---

<sup>47</sup> Vergès, en su análisis sobre las estrategias judiciales que es posible asumir en los procesos políticos, distingue procesos de connivencia y procesos de ruptura. Se trata, como el mismo aclara de esquemas –de tipos ideales si usamos la tipología weberiana– que nunca se presentan en estado puro en la práctica “Nunca es total la ruptura, raras veces perfecta la connivencia, jamás hay resignación sin mácula de rebeldía” (2008: 22). El principal elemento sobre el que se distingue entre ambos procesos, es la actitud del acusado de cara al orden público: si lo acepta, el proceso es posible y constituye un diálogo entre el acusado que se explica y el juez cuyos valores son respetados, se trataría de un proceso de connivencia; por el contrario, si lo rechaza el aparato judicial se desintegra y el proceso es de ruptura (2008: 22). Juan Ramón Capella, sintetiza de muy buena manera estos conceptos de la siguiente forma: “En los modelos de los procesos de connivencia se respeta el orden jurídico establecido. El acusado se declara inocente y niega los hechos o bien se declara culpable y alega circunstancias eximente o atenuantes. Mediante los procedimientos de defensa habituales trata de mostrar su falta de culpabilidad o de responsabilidad. Al actuar así hace una concesión al poder que le persigue: acepta sus amañadas reglas del juego, y espera limitar con ello la violencia que ha de sufrir.” En cambio, “En el modelo de los procesos de ruptura una de las partes quiebra las reglas del juego. Si es el acusado quien plantea una defensa de ruptura, trata de mostrar que el juicio en sí no es un procedimiento jurídico sino un acto político. Impugna la legalidad, y por tanto la legitimidad del poder, en nombre de una legitimidad distinta (...) [si] el abandono de las reglas del juego lo realiza la parte acusadora: cabe que sea ésta quien ponga en cuestión la legalidad y legitimidad en que pretende ampararse el acusado.” (Capella, 1999: 156). Para una caracterización de la justicia política (Capella, 1999: 153 y ss.).

Llega a tal punto este aspecto que inunda nuestro lenguaje más cotidiano: es normal encontrar a personas sin formación jurídica, e incluso sin ningún tipo de instrucción formal, que utiliza expresiones como “no hay derecho” para expresar su repudio ante una situación, “estoy en mi derecho” para reforzar su posición, etc.<sup>48</sup> De este modo, para el mantenimiento de la estructura de resolución de controversias mediante el proceso judicial, la función legitimadora es positiva, lo mismo que para los proyectos de acción de los sujetos que intervienen en el proceso.

Este tratamiento de las controversias no puede llevarnos a concluir en ningún caso que los conflictos sociales son conflictos jurídicos; o en otros términos, no significa que la maraña jurídica conceptual y técnica, sea la única manera de leer, interpretar, observar, y tratar el conflicto. Se trata más bien de una verdadera construcción de realidad por medio de Derecho. Bourdieu afirma que la constitución del campo jurídico es un principio de constitución de la realidad: los hechos jurídicos son una construcción jurídica, el Derecho construye su propio objeto (2000b: 191). El constructivismo radical<sup>49</sup> de Martínez García está en este mismo sentido, cuando sostiene por ejemplo que “... para operar adecuadamente al derecho no le bastan las normas: necesita construir sus propios hechos, que no son nunca algo ya dado o meramente recibido sino verdaderos artefactos jurídicos. El derecho es un gran traductor, un experto en redefinir los problemas de la vida para llevarlos a su propio terreno.” (1992: 12). En los procesos de connivencia puede apreciarse el carácter estructurante del Derecho, tanto en el

---

<sup>48</sup> Este aspecto materia del conflicto -esos hechos que transcurren fuera del campo jurídico y que están relacionados más con necesidades-, sigue presente en el conflicto, aun cuando éste haya sido desde su inicio concebido, traducido o tratado en términos jurídicos. Incluso, en los mismos discursos jurídicos aparece: bajo la forma de fundamentos de derechos -en la teoría de las necesidades, por ejemplo-, como argumentos de derecho -en el caso derechos económicos sociales y culturales-, en análisis filosóficos acerca de la justicia, distribución de bienes escasos, etc. Este ámbito de consideraciones imponen al Derecho, a quienes se ocupan, crean o trabajan con él, al menos, la renuncia al formalismo que sostiene la autonomía absoluta del sistema jurídico, tan característico de la cultura jurídica occidental.

<sup>49</sup> Más que una escuela, el constructivismo radical constituye un proyecto metodológico interdisciplinar que toma elementos de la cibernética, neurociencias y la teoría de sistemas (Martínez, 1992: 20). Con base en Giambattista Vico, Silvio Ceccato, la psicología de Jean Piaget, y también con algunos motivos Kantianos (Glaserfeld: 1-2), Glaserfeld -quien acuñó el nombre- busca centrar la discusión en los artificios en base a los cuales se ha construido la realidad. Asume que ésta es una construcción necesariamente dependiente del observador y que cualquier apelación a la realidad no es sino una estrategia retórica, una propuesta de realidad que es presentada como mera descripción (Martínez, 1992: 22). En esta construcción, el Derecho juega un papel fundamental [Ver Martínez (1992: 32-36)], él decide cuál es su propia realidad, es incapaz de operar en una realidad caótica y contingente y necesita fabricarse su propia realidad a la medida de sus necesidades -señala Martínez (1992: 34)- “establece sus propios criterios de existencia *decretando que quod non est in actis no est in mundo*. Delimita formalmente lo que para él es verdad estableciendo el principio de que *res iudicata pro veritate habetur*. Impide la intromisión incontrolada de criterios extrínsecos de realidad mediante *presunciones iuris et de iure*. Formula definiciones estipulativas que con fines operativos establecen lo que es tal o cual cosa a los efectos de determinada disposición, redefiniendo por medio de *nomina iuris* el sentido usual de ciertos términos. Hace un uso generalizado de la *fictione iuris* siempre que las necesidades de la técnica jurídica así lo aconsejen. No podría funcionar sin el principio *nemine licet ignorare ius*, y aunque el derecho democrático teóricamente proviene del pueblo que se da leyes así mismo, no sólo el pueblo, ni siquiera los juristas pueden ya conocerlo.” (1992: 35).

habitus de los profesionales jurídicos como en las representaciones de los imperados, y esto contribuye a la reproducción de la estructura, por lo que en el ejemplo expuesto podemos hablar de *función positiva tanto para la mantención de la estructura como para los proyectos de acción de los sujetos que las han incorporado*. Desde la perspectiva subjetivista propuesta por Ferrari esto no alcanza a captarse correctamente, pues falta analizar en los agentes, precisamente, las estructuras que generan los posibles sentidos de sus proyectos de acción y que delimitan en los hechos las posibilidades de ejecución que estos tienen.

En el caso contrario al hipotéticamente examinado más arriba, si en cambio las partes asumieran lo que Vergès denominaba una *estrategia de ruptura*: sea desconociendo el orden, o bien -como destaca Ferrari (1989: 201-202)- invocando en su favor un Derecho alternativo, ese Derecho alternativo invocado – pensemos en el Derecho de un pueblo originario- estaría desempeñando una función negativa en relación a la estructura del sistema judicial, y positiva en relación a la finalidad del actor social, lo que demuestra por qué evaluar las funciones exclusivamente desde el sujeto no constituye un marco adecuado para explicar la realidad social, ni tampoco calificarlas exclusivamente en relación al sistema. Como se verá más adelante, aquí no se afirma que el análisis funcional por sí solo constituya una herramienta suficiente para explicar la sociedad, pero concebido al menos en los términos en que se ha venido proponiendo, sin duda que nos permitirá decir más de la realidad que si se concibiera sólo como el estudio de los proyectos de acción de los sujetos.

Considerando estos apuntes, en síntesis, la *función positiva* puede ser definida como *aquella tarea o conjunto de tareas desempeñadas por un elemento, objeto de análisis funcional, que resultan armónicas o útiles para el mantenimiento de una estructura social y/o los proyectos de acción de determinados actores sociales*.

**b) Funciones negativas:** al contrario de lo recién expuesto, la *función negativa* puede ser definida como *aquella tarea o conjunto de tareas desempeñadas por un elemento, objeto de análisis funcional, que resultan incompatibles o perjudiciales para el mantenimiento de una estructura social y/o los proyectos de acción de determinados actores sociales*.

Como una categoría aparte merece ser tratado el concepto de *disfuncionalidad*, pues no responden al mismo criterio de clasificación. Por tal se entenderá *el mal cumplimiento o desempeño de la tarea o función de un elemento*. Como destacara Bobbio, “...la disfunción se refiere a la patología de la función y la función negativa a la fisiología (...) la disfunción se



refiere al funcionamiento de una determinada institución y la función negativa a su funcionalidad” (1990: 263). En el fondo, la *disfuncionalidad* implica una valoración acerca de cómo se desempeña una función –bien, mal, regular-, mientras que la *función negativa* constituye una descripción de una tarea específica que es incompatible o perjudicial con el mantenimiento de una estructura social y/o los proyectos de acción de sujetos sociales. Arnaud y Fariñas ejemplifican esto con el funcionamiento de los sistemas de que se vale la sociedad para la resolución de conflictos y represión de los delitos: en la actualidad –señalan- los tribunales de justicia, al resolver los conflictos, desempeñan una función positiva. Pero si estudiando su funcionamiento se concluye que la manera en que realizan dicha función es lenta y costosa, puede entonces decirse que existe, en ese caso, una *disfuncionalidad*. Ahora bien, centrándose en los sistemas carcelarios, si estudiándolos se concluye que estos no sólo funcionan mal –por ejemplo, por el alto número de presos fugados, las condiciones de hacinamiento, la violencia ejercida por los vigilantes, etc.- sino que además contribuyen a la criminalidad –por ejemplo, por lo que se ha dado en llamar la “escuela del delito”-, en estos casos es posible concluir que están desempeñando una *función negativa* respecto del sistema (2006: 133-134)<sup>50</sup>.

## **2) SOBRE LAS FUNCIONES GENERALES DEL DERECHO**

### **A) El enfoque desde el cual han sido habitualmente estudiadas**

El estudio de las funciones del Derecho ha sido habitualmente planteado como un trabajo tendiente a determinar las funciones últimas del Derecho, de todo Derecho, y de todo el Derecho considerado en su conjunto como un orden normativo<sup>51</sup>. Si se asume el análisis funcional en los términos estrictamente metodológicos propuestos antes, no parece adecuado abordar la cuestión desde esta perspectiva, pues este método de conocimiento es perfectamente aplicable al examen sociológico de las funciones desempeñadas por *una* determinada institución, o *una* normativa en particular, sin pretensiones de elaborar a partir de esta tarea un esquema teórico general y abstracto de las funciones últimas que desarrolla *el* Derecho en la

---

<sup>50</sup> Como se ve, se ha optado por reservar el término *disfuncional* para hacer referencia al mal desempeño en la realización de la función, alejándonos con esto de Merton, quien entiende por disfunciones aquellas consecuencias observadas que aminoran el ajuste o adaptación del sistema. Lo que Merton llama *disfunción*, corresponde incompletamente a lo que aquí se ha asumido como función negativa; incompletamente, pues no hace referencia a los proyectos de acción de los sujetos en relación a los cuales puede igualmente juzgarse la positividad o negatividad de una función.

<sup>51</sup> Por esta razón en este trabajo se denominará a esas clásicas funciones del Derecho enseñadas en las diversas cátedras de Filosofía Jurídica o Teoría General, como *Funciones Generales del Derecho*.

vida social. Los objetivos del análisis funcional no están dirigidos a descubrir las funciones últimas del Derecho en todo tiempo y lugar. Lo que generalmente entendemos por *funciones del Derecho* han sido categorías desarrolladas por filósofos, teóricos del Derecho, y sociólogos, pero no como el resultado del método de *análisis funcional* en la forma que aquí se ha propuesto concebirlo, pues no existe en la realidad social esa unidad abstracta -El Derecho- que constituye el objeto sobre el que habitualmente se ha razonado en este tema. En la realidad encontramos distintos Derechos que varían en características según el campo de observación que se haya definido, de modo que si pretendemos estudiar un campo específico, no podemos suponer las funciones que desarrolla *El Derecho* en la sociedad, pues ese Derecho es una construcción intelectual formulada mediante la eliminación de todos esos aspectos empíricos que constituyen las distintas particularidades y maneras de ser del fenómeno jurídico en las diversas sociedades. Es necesario entonces entender la diferencia entre las funciones del Derecho (un Derecho particular, que opera en un tiempo y lugar determinado), o de alguna de sus normas o instituciones, atribuidas a ellas con ocasión de un análisis funcional, y las *funciones generales del Derecho* que han sido destacadas y enseñadas tradicionalmente en las facultades de Ciencias Jurídicas. Respecto de ellas, la verdad es que no tiene mucho sentido preguntarse si son manifiestas o latentes, pues no han sido establecidas mediante la observación del desenvolvimiento o desempeño de ningún Derecho concreto, norma o institución; tampoco si son positivas o negativas, porque todas son destacadas como si fueran contribuciones a algo, con bastante similitud a la idea mertoniana de *función*.

Con esta explicación se busca evitar que el lector llegue a establecer una relación de continuidad natural entre el análisis funcional estudiado en la primera parte, y las funciones del Derecho que serán analizadas en éste apartado: relación en la que el primero podría, erradamente, llegar a ser considerado el instrumento por el que se han llegado a establecer las segundas. Sintetizando, es posible decir que las *funciones generales del Derecho* pueden operar como categorías explicativas, ordenadoras o sistematizadoras de las funciones que arroje el análisis funcional de un Derecho concreto, institución o norma –a la manera de los tipos ideales weberianos<sup>52</sup>-. A su vez, el método -análisis funcional- podría permitir concluir si

---

<sup>52</sup> Los tipos ideales de Weber pueden entenderse como construcciones o modelos puramente racionales, analíticos, contruidos a partir del realce unilateral de uno o varios puntos de vista y la reunión de una multitud de fenómenos singulares, difusos y discretos, que se presentan en mayor medida en una partes que en otras, o que aparecen de manera esporádica, fenómenos que encajan en aquellos puntos de vista, escogidos unilateralmente, en un cuadro conceptual en sí unitario (Campero, 1979: 94) García Villegas ofrece también un concepto de tipo ideal, entendiéndolo como modelos analíticos: "...ejercicio metodológico y analítico que sólo tiene por objeto describir

alguna de esas *funciones generales del Derecho* se verifica realmente en el contexto estudiado, sin presuponerlas como aquellas tareas definitorias de un sistema jurídico, o las funciones que todo sistema jurídico prescriptivamente debe necesariamente desempeñar, o por último, tampoco pretendiendo *reducir* el *análisis funcional* a un ejercicio de comprobación empírica de esos catálogos de funciones. Al realizar un análisis funcional se debe procurar no caer en los a priori de los que ya fue liberado, ni tampoco sustituirlos por otros.

De esta manera el análisis funcional queda limitado a la observación, descripción y explicación de las tareas desempeñadas por un elemento en la realidad social. Luego, para efectos del *análisis funcional* puede entenderse por *funciones del Derecho*: *aquella tarea o conjunto de tareas que un Derecho, alguna o algunas de sus normas o instituciones, desempeñan en un contexto determinado, las que pueden obedecer tanto a la dinámica de estructuras sociales independientes del sujeto, como a proyectos de acción de estos.*

Los resultados de un *análisis funcional* son, necesariamente, más modestos en cuanto a alcances, si se les compara con las *funciones generales del Derecho*. Él, sólo permite describir y explicar con propiedad las tareas observadas, desempeñadas manifiesta o latentemente por uno o más elementos seleccionados como objeto de estudios. Esta verdadera *situación de las funciones* está de cierta manera implícita en Bobbio<sup>53</sup>-aunque por su marco de teoría general no fue advertido-, cuando, hablando de la supuesta<sup>54</sup> función promocional, concluía que fue la aparición del Estado social como forma de organización política la que tuvo el efecto de ir agregando nuevas funciones sociales al Derecho. Al respecto, señalemos primero que este abordaje no corresponde a un *análisis funcional* como aquí se ha definido; se trata de una reflexión teórica y filosófica que, en todo caso, parece fundada en la observación de la evolución del Derecho en la cultura occidental europea. Pero la conclusión de Bobbio demuestra que es la observación del contexto analizado la que determinará las funciones que el

---

una realidad que se acerca a cada uno de estos modelos pero que nunca se confunde con ellos” (1993: 90). María José Fariñas es clara en señalar que los tipos ideales no son tipos ejemplares, sino que únicamente tienen un sentido lógico y reivindican una validez lógico-real: “son conceptos con los cuales se mide la realidad de forma comparativa, y no unos ideales a partir de los cuales se juzga la realidad evaluándola (1991: 139). Concluye la autora que los tipos ideales “...son el medio con el que las ciencias histórico-sociales realizan metodológicamente la imputación de las causas reales a un acontecimiento concreto. Tiene, por lo tanto, un valor heurístico para medir la realidad histórica, lo cual se lleva a cabo cuando se refiere lo empíricamente dado a un caso límite-ideal, que no es otra cosa que un <<tipo ideal>>. De esta forma, según sea el grado de aproximación de un fenómeno histórico a uno o varios de esos casos límites-ideales, podremos caracterizar y ordenar conceptualmente el fenómeno en cuestión” (1991: 148)

<sup>53</sup> También Rehinder en su intento de sistematización de las Funciones Generales del Derecho (1981: 155-170)

<sup>54</sup> Digo supuesta porque algunos autores consideran que no se trata de una verdadera función, lo que se explicará más adelante.

Derecho desempeña en él, y no es el Derecho –todo Derecho, cualquier Derecho- el que desde la aparición histórica del Estado social comienza automáticamente a asumir una función promocional. Esto pondría de manifiesto que el análisis funcional no es el método para elaborar una teoría general de las funciones del Derecho, pues el Derecho, institución, o norma, definido como *objeto de estudio* por el *analista funcional*, no es el mismo Derecho definido como objeto de estudio para el *teórico general o el filósofo*. Para el primero no existe en la realidad social *el Derecho* como lo conciben los segundos, y para estos, el objeto con el que trabajan es construido precisamente descartando las particularidades de los Derechos, instituciones y normas, y organizando únicamente aspectos que le son, pueden, o deben, serles comunes.

Considerando que el objeto de este trabajo es ir delimitando conceptos y métodos para el estudio de la función, uso y eficacias simbólicas del Derecho,<sup>55</sup> y no el estudio de las *funciones generales del Derecho*, resulta útil en todo caso dar cuenta de ellas, aunque sea brevemente, a fin de estudiar si la *función simbólica del Derecho* ha sido destacada como una *función general del Derecho*, y de ser efectivo, de qué manera. La cuestión no resulta del todo fácil por dos razones. Primero, las tipologías o catálogos de funciones atribuidas al Derecho varían según sea el autor que se ocupe del tema (Raz, 1985: 207-208): Arnaud y Fariñas destacan que Parsons habló de integración social, Harry Bredemeier de función de integración social y de control social, Luhmann de cohesión social, etc. (2006: 134). En segundo lugar, y relacionado más estrictamente con el objeto de este trabajo, habitualmente, cuando se ha tratado el tema de las funciones del Derecho -salvo en el ámbito penal-, se ha limitado el análisis sólo a la esfera instrumental del mismo, soslayándose su incidencia simbólica<sup>56</sup>. Rehbinder, por ejemplo<sup>57</sup>, en relación a la *función de legitimación del poder social*, cuestión íntimamente vinculada con la función simbólica<sup>58</sup>, adopta una perspectiva extremadamente estrecha y la

---

<sup>55</sup> De un Derecho, como se verá más adelante, el estatal chileno, y en relación a dos casos particulares: el conflicto mapuche y el problema educacional.

<sup>56</sup> No ocurre esto en el esquema propuesto por Raz, como se verá más adelante, y tampoco en el de Ferrari.

<sup>57</sup> En realidad Llewellyn, pues en base a las explicaciones de éste es que Rehbinder desarrolla su trabajo. Ambos autores tienen el mérito de haber desarrollado el catálogo más utilizado en el análisis de las *funciones sociales del Derecho*, aquel que distingue entre: a) resolución de conflictos, b) dirección de la conducta, c) legitimación y organización del poder social, d) configuración de las condiciones de vida y e) el cuidado del Derecho. Ver, por ejemplo, cómo se valen de él (Squella, 2001: 514-531; Arnaud y Fariñas, 2006: 135-144).

<sup>58</sup> La estrecha vinculación arranca del hecho de que la aptitud del Derecho para legitimar, deriva del hecho de que él mismo es percibido como legítimo. Ferrari señala que la visión del Derecho como *legitimans* cobra mayor relieve en el contexto de una visión que acentúa la *naturaleza simbólica* de este instrumento de acción social, que en cuanto tal es un medio orientado a la realización del fin consistente en la adquisición de consenso sobre las acciones humanas. Se trata en el fondo, dice Ferrari, “...de una <<creencia>> que, para quien la tiene, es, sobre todo, un problema de conciencia y convicción, para quien la genera es, sobre todo, un problema de comunicación e incluso, como decía Lasswell, de <<propaganda>>” (Ferrari, 1989: 198-199).

circunscribe a la tarea de los órganos judiciales y su poder autoritario de decisión en los casos de conflicto (Rehbinder, 1981: 132-133; Arnaud y Fariñas, 2006: 142)<sup>59</sup>.

## **B) Las Funciones Generales del Derecho**

Clásicamente se han destacado al menos seis funciones que el Derecho desempeñaría en la vida social. Estas funciones, nos dice Ferrari, son atribuidas sobre la idea de un Derecho operativo: no se concebiría un Derecho que no desempeñe al menos estas funciones, las cuales, en tanto productos de un proceso de máxima generalización, revisten el carácter de últimas, por lo que no es imaginable, desde esta perspectiva, que el Derecho desempeñe funciones incompatibles entre sí, ni tampoco que sea empleado neutralmente en relación a estas funciones (Ferrari, 1989: 117)<sup>60</sup>.

**1) Función resolución de conflictos.** Rehbinder y Arnaud y Fariñas señalan que, principalmente, los autores del pensamiento jurídico angloamericano suelen atribuirle cierta primacía a esta función del Derecho, pues para ellos el juez se halla en el centro de la consideración jurídica (Rehbinder, 1982: 127; Arnaud y Fariñas, 2006: 138). Sin embargo, Rehbinder señala que puede igualmente sostenerse esta primacía de la función en nuestro ámbito, pues el caso del conflicto constituye “...el test de lo que de una regla de Derecho se aplica en la vida social” (1982: 127). Para el pensamiento objetivista, el Derecho resuelve o soluciona los conflictos que pueden perturbar el orden y equilibrio social. Sin embargo, desde la perspectiva más subjetivista –como la asumida por Ferrari- se prefiere hablar del *tratamiento de conflictos declarados*, intentando enfatizar con esta formulación que el Derecho no hace

---

<sup>59</sup> En relación a la función de legitimación y organización del poder social, Rehbinder señala que el Derecho realiza “... la distribución del poder autoritario de decisión, así como la formación de las correspondientes formas procesales, cuya observancia en la realización de una decisión aquel designa como oficial y vinculante (*allocation and regulation of authority*). El Derecho determina, por tanto, una instancia que ha de decidir en los casos de conflicto. Para ello esa instancia tiene que observar determinadas reglas de la formación y exteriorización de la voluntad, con el fin de que su decisión sea reconocida como obligatoria (...) Se trata (...) de reglas de competencia y reglas procesales.” (1981: 132). Esta estrecha concepción es superada por Ferrari, quien cuando habla de *legitimación del poder* como función del Derecho, entiende la palabra *poder* en un sentido amplio, como referida a la participación en la toma de decisiones. En consecuencia –señala- “...al afirmar que una función del Derecho es la legitimación del poder, queremos señalar el hecho de que todos los sujetos que disponen de capacidad de decisión o que desean ampliarla pueden hacer uso –y normalmente lo hacen- del Derecho para conseguir el consenso sobre las decisiones que asumen o deben asumir. En síntesis, la expresión no es entendida con referencia exclusiva a los que gobiernan, a los que detentan el poder político más elevado y formal (...) el Derecho, en esta perspectiva, se muestra en la posición de elemento que legitima como *legitimans*, no como *legitimandum*...” (1989: 115-116).

<sup>60</sup> Téngase presente que lo que aquí se expone en seis funciones, por ser la presentación más clásica, Ferrari las agrupa en sólo tres categorías: a) la orientación social, b) el tratamiento de conflictos declarados, y c) la de legitimación del poder.

desaparecer el conflicto de la vida social, sólo los encauza e intenta mantenerlos bajo control cuando la fuerza persuasiva de sus normas reguladoras de conducta ha fallado. El Derecho no es, por tanto, “... un orden de paz, sino que el Derecho vive *del y en* el <<conflicto>>. Si los conflictos sociales desaparecieran radicalmente, desaparecería también el Derecho” (Arnaud y Fariñas, 2006: 138-139). Una concepción como ésta, destacan los autores, tiene el valor agregado de permitir entender al Derecho, también, como un posible generador de conflictos; es decir, el Derecho puede tener también una capacidad disgregadora. Fariñas y Arnaud ponen el ejemplo del efecto que genera en el resto de las personas el hecho de haber sido uno favorecido con una resolución judicial. El Derecho, al judicializar el conflicto –señalan- puede ofrecer posibilidades o alternativas a sujetos inmersos en una relación conflictual. Otro caso en que el Derecho se revela como instrumento capaz de engendrar conflictos, podría encontrarse en aquellas labores legislativas o administrativas que orientan su actividad en oposición al interés mayoritario de los ciudadanos, expresado en términos de manifestaciones sociales, paros, huelgas, etc. y no a través de los cauces político institucionales tradicionales<sup>61</sup>.

**2) Función de regulación u orientación social.** Temporalmente –señala Rehbinder- esta función es anterior a la de *resolución de conflictos*, la cual es desempeñada principalmente por normas secundarias de reacción: mientras estas últimas se dirigen al staff jurídico que debe reaccionar frente a la violación de normas de obrar, la *función de regulación u orientación social* se cumple mediante normas primarias de obrar dirigidas a la totalidad de los miembros destinatarios del Derecho (Rehbinder, 1981: 126)<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Actualmente existen figuras distintas del juez que pueden intervenir en la resolución de conflictos, tales como el mediador, el conciliador de oficio y el árbitro. La mediación es una vía extrajudicial, no vinculante para las partes –aunque acordada una solución puede acudir a la vía judicial ante incumplimiento-, en la que interviene un sujeto que intenta acercar las posiciones a fin de superar el conflicto. El conciliador de oficio consiste en una figura que no siendo juez, es asignado por el propio sistema judicial para buscar un acuerdo a un conflicto, aunque su decisión no es vinculante, como los asistentes sociales que intervienen en conflictos familiares. El árbitro es un juez –por tanto su fallo es vinculante, pero el reconocimiento de imperio para la ejecución de lo fallado varía de sistema en sistema- nombrado por las partes o por la justicia en subsidio, ante la falta de acuerdo de estas, que interviene en la solución del conflicto por la voluntad de las partes, o por decisión legal que obliga a tratar determinados materias por árbitros, y que en la resolución de la substanciación de la causa y la resolución del casos observará las normas que le hayan fijado las mismas partes –evento en el que asume el nombre de árbitro arbitrador- o las normas que debe observar un juez ordinario –caso en el que se denominará arbitro de derecho.

<sup>62</sup> El aspecto temporal destacado por Rehbinder no parece necesariamente correcto, pues como se destacó antes, normas jurídicas concebidas para regular conductas pueden generar conflictos, por ejemplo, bajo la forma de un rechazo a su tramitación legislativa por parte de grupos de presión; o en oposición a su implementación o a la manera en que ésta se realiza; o en la forma de dudas de alcance o interpretación en la vía judicial o administrativa, etc.-. En estos casos, previo a la orientación de conductas buscadas mediante el Derecho, debe operar la función de tratamiento de conflictos, de modo que no es efectivo que temporalmente esta función opera siempre después de la que aquí examinamos.

La *función de regulación u orientación social* consiste en dirigir la conducta del grupo social, sus actitudes y expectativas, a fin de que se eviten conflictos (Rehbinder, 1981: 129), y se realiza gracias al carácter persuasivo de las normas jurídicas. Ferrari señala que hablar de esta función, significa decir que “...a través de esta modalidad particular de acción, es posible dirigir a una multitud de personas relativamente interdependientes hacia el cumplimiento de una multitud de modelos relativamente coherentes y universales, es decir, capaces de sugerir decisiones sobre cualquier dilema de conducta que pueda presentarse en la interacción social” (1989: 133). Mediante esta función, el Derecho proporciona estabilidad a los sistemas normativos y *seguridad jurídica*<sup>63</sup> a los actores sociales, en la medida en que estos pueden prever y conocer los efectos de sus propios comportamientos y los ajenos. La idea de *seguridad jurídica* es un concepto cultural propio de la modernidad que, en su configuración actual, comprende al menos dos ideas fundamentales: desde un punto de vista objetivo se relaciona a la idea de protección que produce orden y certeza, y desde un punto de vista subjetivo se relaciona con la ausencia de temor y duda (Peces-Barba, 1990: 215).

En la actualidad –señala Peces-Barba- dentro del concepto de *seguridad jurídica* se incluyen las ideas de seguridad de los ciudadanos frente al poder, seguridad de éstos en sus relaciones privadas y, desde la aparición de la *función promocional del Derecho*, seguridad social de los usuarios y consumidores y seguridad de satisfacción de las necesidades de existencia humana (1990: 221). El Derecho provee seguridad jurídica en cuanto orientación, en cuanto orden en sí mismo, en cuanto previsibilidad y en cuanto protección (Squella, 2001: 535). Para Rehbinder, la noción de seguridad jurídica reposa sobre cuatro ideas fundamentales que denomina *principios formales de la justicia*: la idea de reciprocidad, la de duración, la de definición de los roles sociales y la de equilibrio de intereses (1981: 130). La seguridad jurídica no debe confundirse como una función del Derecho, se trata más bien de un fin de éste<sup>64</sup>, que se alcanzaría mediante diversas funciones y, no sólo la de orientación de conductas que aquí se señala, también mediante la del tratamiento de conflictos, la función promocional -desde la perspectiva de Peces-Barba-, etc. (Squella, 2001: 534).

---

<sup>63</sup> Squella señala que seguridad jurídica, en sentido estricto, es la situación que en lo tocante a sus relaciones sociales se encuentran los sujetos normativos, en cuanto tales situaciones se hayan previstas y reguladas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado (2001: 536). Para la evolución del concepto de seguridad jurídica, ver Peces-Barba (1990). Para un estudio acabado de la seguridad jurídica, ver Pérez Luño (1991). También puede verse Ávila (2012), y García Manrique (2012).

<sup>64</sup> Peces-Barba trata la seguridad jurídica como un valor jurídico (1990).

**3) Función de integración social o de control social.** Se trata de una función estrechamente vinculada con las anteriores, pero que ha sido destacada desde un ámbito distinto. Desde una perspectiva típicamente objetivista, suele señalarse que el Derecho es el más eficaz medio de control social que contribuye a alcanzar el punto de equilibrio del sistema integrando y mitigando los conflictos. El control en que consiste esta función del Derecho se dirige en contra de las *conductas desviadas*<sup>65</sup>. En general –siguiendo a Arnaud y Fariñas (2006: 135-137)- la manera de entender las llamadas conductas desviadas puede ser esquematizada en dos grandes posturas. La primera, fundada en la teoría de la anomia de Durkheim, explica la desviación social como una violación coyuntural (Parsons) o estructural (Merton) de la norma o pauta de conducta esperada. En el caso de la transgresión coyuntural, ésta se entiende como un fallo en el proceso de socialización, ante el cual el Derecho reacciona mediante mecanismos jurídicos formales de control social. En el caso de la conducta desviada concebida como una violación estructural, ella no es vista como una situación excepcional y coyuntural, sino como un fallo estructural consecuencia de la falta de correlación entre los objetivos sociales definidos culturalmente y los medios legítimos para alcanzarlos; en otras palabras, se trata de una falta de correlación entre los deseos o expectativas sociales de los individuos, y las posibilidades o medios con que cuentan para alcanzarlos. La segunda manera de concebir la conducta desviada consiste en entender el carácter *desviado* como una consecuencia de un proceso social de etiquetamiento o estigmatización social, y no como una cualidad del acto en sí. En este caso, “La desviación social –señala Arnaud y Fariñas- es el resultado de un proceso no neutral de reacción social, llevado a cabo por los diferentes órganos jurídico formales de control social” (2006: 137).

**4) Función promocional del Derecho o de configuración de las condiciones de vida.** Esta función suele ser explicada sosteniendo que la intervención por medio de sanciones o castigos no es la única manera que tiene el Derecho para obtener las conductas deseadas. Otra forma sería mediante estímulos, premios o recompensas. La *función promocional del Derecho* consistiría precisamente en la obtención de conductas deseadas mediante el establecimiento de lo que se ha llamado sanciones positivas u otra clase de medidas como ventajas económicas, facilitaciones, subvenciones, etc. Como se ha señalado, se trata de una función estrechamente

---

<sup>65</sup> Con Bourdieu, tendremos ocasión de ver críticamente cómo es que la norma pasa a ser considerada como lo normal, principalmente mediante el proceso de universalización, neutralización y autonomía que resulta del trabajo de los agentes jurídicos, y que conduce a una universalización de la práctica.



vinculada a la regulación de conductas y desde este punto de vista se ha sostenido que, más que de una función del Derecho, se trataría de una *técnica* de regulación de comportamientos y de consecución de objetivos (Arnaud y Fariñas, 2006: 143-144). En este sentido podemos ubicar, por ejemplo, a Juan Ramón Capella, quien entiende que el premio o incentivo no se le da alguien por cumplir una norma, sino por haber satisfecho las condiciones de aplicación de la norma que impone a la autoridad el deber de dar ese incentivo. No se estaría prescribiendo jurídicamente un comportamiento para el sujeto que se vería beneficiado por el premio, no se le prohíbe ni obliga a nada, sino que se trataría de una norma dirigida a la autoridad, a la que se le impone el deber de otorgar un determinado premio toda vez que se cumpla una condición de aplicabilidad de la norma: la realización por parte del sujeto de una determinada conducta posible. El autor llama a esta técnica *compromisos estatales condicionados* y sería uno de los mecanismos de fomento de conductas propio de estados más complejos o desarrollados –como el Estado de Bienestar, contexto en el que Bobbio comienza precisamente a hablar de esta aparente nueva función del Derecho, junto a la distributiva-. Para el sujeto –sostiene Capella- se trata de una regla: si quiere obtener el premio se ve en la necesidad de hacer tal cosa; para la autoridad, se trata de una norma: si se cumple la condición de aplicabilidad consistente en el comportamiento deseado, entonces se está obligado a dar el premio (1999: 119-125)<sup>66</sup>. Para otros, como Squella -que sigue en esto a Bobbio-, se trata de verdaderas sanciones positivas (2001: 523). Para Rehbinder, no se trataría de una función necesaria, sino posible, si el Derecho no llena esta función, la activación se trasladaría a otros fenómenos culturales como los programas políticos, proyectos religiosos o filosóficos (1981: 133).

Juan Antonio Pérez Lledó destaca que el mismo Bobbio era consciente de que esta función requería un mayor trabajo analítico, precisamente en cuanto al posible abuso del término función y a la necesidad de determinar si existe o no una correspondencia entre las funciones y las técnicas necesarias para llevarlas a cabo (Pérez Lledó, 2000: 666). Desde este punto de vista, puede parecer acertada la crítica destacada antes, pero si –siguiendo a Peces-Barba- nos centráramos en la inclusión de la idea de seguridad social bajo ésta función, podría entenderse comprendido un elemento material relativo a la configuración de las condiciones de vida que ya nada tiene que ver con el medio por el cual a través del Derecho se obtienen conductas deseadas, sino con cómo el Derecho en lugares y épocas concretas pasó a proveer una cierta organización jurídico institucional, así como ciertos instrumentos concretos que

---

<sup>66</sup> Para la explicación de la distinción entre reglas y normas que realiza Capella, ver (1999: 55-59).

tienden al aseguramiento de ciertas condiciones materiales mínimas de los sujetos. En este sentido, sí podría incluirse como una función -que el Derecho ha desempeñado en algunos contextos específicos- el *proveer los mecanismos jurídicos e institucionales que garantizan las condiciones mínimas de vida definidas por él mismo*. El proveer los mecanismos jurídico-institucionales es la *tarea o función*, el fin al que tienden es el de garantizar las condiciones de vida. Como una de las maneras -*las técnicas*- por las que el Derecho ha desarrollado esta tarea, pueden ser apreciados, por ejemplo, los *derechos económicos sociales y culturales* elevados a un estándar de *derecho fundamental*, o el premio a ciertas conductas que se consideran armónicas con la conservación del estándar mínimo de condiciones de vida definidas por el Derecho, o las órdenes contenidas en normativas estatales que disponen la construcción de colegios, hospitales, viviendas, etc. con fondos públicos, o incluso las subvenciones dadas a privados por realizar este tipo de obras, etc.

**5) Función del cuidado del Derecho.** En este caso se alude a la construcción y aplicación de ciertas técnicas especializadas en el tratamiento del Derecho con el objeto de que éste pueda cumplir sus otras funciones. Se trata *menos* de una función del Derecho y *más* del comportamiento que se espera de los operadores jurídicos, para que en el ejercicio de su profesión y en la relación con los sujetos imperados, permitan una más eficiente realización de las otras funciones del Derecho. Para ello es necesario disponer de un buen instrumental jurídico, pero también es necesario que el Derecho se vaya actualizando a las necesidades de la generalidad (Rehbinder, 1981: 134). Lo que se perseguiría a través de esta función del Derecho, si se asumiera llamarla como tal, no es otra cosa que facilitar la integración del mismo en la sociedad, permitiendo de esta manera el cumplimiento de las otras funciones y evitando, así, la aparición de lo que Rebinder califica como una “peligrosa competencia para el Derecho”, entre las que -a mi juicio erradamente- incluye fenómenos como la huelga, protestas con disturbios, jurisdicción arbitral, y hasta las revoluciones. Asumiendo lo que desde una perspectiva crítica se ha denominado la *ideología del interés general*<sup>67</sup>, Rebinder señala que

---

<sup>67</sup>La *ideología del interés general* se encuentra estrechamente vinculada con lo que aquí se tratará como la *eficacia simbólica del Derecho*. Siguiendo a Chevalier y Loschak puede explicarse esta idea como la pretensión por establecer un consenso en torno al aparato del Estado presentándolo como un poder necesario, bienhechor y neutro en relación a los distintos grupos que componen la sociedad, que es capaz de trascender los particularismos y definir el sentido de esfuerzo colectivo, presentándose como si el aparato estatal fuera cosa de todos e igualmente accesible a las demandas sociales. Se obtiene así una adhesión, no a través de la coacción física ni psíquica, sino a través del saber y el conocimiento. Esto -a juicio de los autores- refuerza la alienación al poder, pues éste “...se apodera del espíritu de los individuos, se inscribe y se instala en él de manera duradera. Si se juzga por la imagen del Estado que

esos fenómenos surgen para derrotar al staff jurídico y destruir su monopolio, lo que ve como desfavorable para la unión del grupo por el riesgo de que se impongan intereses particulares en detrimento de la generalidad (1981: 134). Squella, en términos aparentemente más neutrales, señala que “...para conocer bien el derecho, así como para adoptar medidas conducentes a una mejor realización de sus funciones, es preciso estudiar las técnicas, los artificios, las tradiciones, los modelos, los hábitos profesionales, las organizaciones, las maneras de pensar y de sentir, los reclutamientos; en fin, el ethos, el sello, como dice Rehbinder, de que entre los miembros del staff jurídico existen ciertas prácticas que son la expresión de determinados modelos de comportamiento” (2001: 528). Indulgentemente, puede decirse que esta visión parece un tanto ingenua al partir de un supuesto falaz: que el Derecho es neutral e inmune a intereses particulares minoritarios, y que representa siempre el de la mayoría cuando el staff jurídico ha actualizado debidamente su instrumental jurídico, lo que, como se verá al examinar la *teoría de los campos jurídicos* de Bourdieu, no es siempre ni necesariamente cierto.

Pero centrándonos más en el carácter descriptivo que pueda tener esta función y prescindiendo de los elementos valorativos de Rehbinder, puede destacarse, desde una perspectiva más sociológica, algunas de las tareas que –según Bourdieu- llevan a cabo el juez y el jurista. Los magistrados –señala Bourdieu- tienden a asegurar la función de adaptación a lo real de un sistema que, si fuera dejado exclusivamente a los profesores, corre el riesgo de encerrarse en la rigidez de un rigorismo racional, “...a través de la libertad más o menos grande

---

éste ha logrado impregnar en la conciencia colectiva, este principio de legitimación parece investido de una notable eficacia (...) La noción del interés general es el arquetipo de una noción pantalla cuya eficacia ideológica sólo puede ser comparada con su imprecisión conceptual. Desprovista de contenido intrínseco se presenta de manera puramente formal y procede por postulados y afirmaciones tautológicas que se remiten una a otra, se duplican y se repiten” Se trata de un mito necesario para el poder estatal que cubre a la acción pública con una pantalla protectora y valoriza su ejercicio (1986: 318-319). En este mismo sentido se ubica García Villegas, quien señala que es precisamente la falta de firmeza y uniformidad en la idea de *interés general* lo que constituye su ventaja y le permite articular y determinar prácticas sociales. Principios como la representación popular, la racionalidad y soberanía del legislador derivan de la ideología del interés general, que permite inculcar representaciones que ocultan la dominación (García Villegas, 1993: 101-103). Martínez García también hace referencia a este hecho cuando nos habla de la razón fabuladora del Derecho y el contrato social, invención que respondería a dos exigencias: explicar el origen del Estado como algo artificial y justificarlo proponiendo un fundamento de legitimidad que no descende de un ente superior, sino que se construye desde la base con la sola fuerza de la razón (1992: 169-170). Por ello el mecanismo representativo contemplado por el Derecho bajo la ficción del contrato social, es sobre todo un “...un garante *simbólico* para un consenso *supuesto*” (1992: 159). Más adelante se volverá sobre este tema al tratar la *violencia simbólica del Derecho estatal* señalada por Bourdieu, y al intentar delimitar las áreas comprendidas en el estudio de la eficacia, uso y función simbólica. Este tema guarda estrecha relación con la *ficción jurídica*, usual no sólo en el discurso jurídico, sino en los mismos ordenamientos. Philips Thomas (1990) muestra cómo la ambigüedad y la ficción en el Derecho no son una falla o imperfección, sino recursos esenciales para su funcionamiento. Martínez García, en este mismo sentido, señala que “...la ficción no es, como se ha creído siempre, herramienta ocasional del jurista: está presente en la misma trama de su discurso (1992: 96). Para un análisis de la ficción y/o presunción en el Derecho, puede verse de Martínez García (1992: 95-117; 1989: 407 y ss.), Luna Serrano (2013), Pérez Serrano (1948) y Mendoca (1998).

de apreciación que se les permite en la aplicación de las reglas, introducen los cambios e innovaciones indispensables para la supervivencia del sistema que los teóricos deberán integrar en el mismo” (2000b: 180); mientras que los teóricos y profesores mediante el trabajo de formalización y sistematización le confieren la coherencia y plenitud a un conjunto sistemático de principios y reglas que sería imposible de tratar bajo la serie contradictoria y compleja de los actos de jurisprudencia, “ y, de paso, ofrecen a los jueces, siempre inclinados, debido a su posición y disposiciones, a fiarse únicamente de su sentido jurídico, el medio para alejar sus veredictos de la arbitrariedad demasiado visible” (2000b: 181).

**6) Función de legitimación del poder social.** Para el final se ha dejado el análisis de esta función, por cuanto se encuentra estrechamente relacionada con la *función simbólica del Derecho* que, como ha podido apreciarse, no suele ser destacada particularmente dentro del catálogo clásico de las *funciones generales del Derecho*. Por función legitimadora puede entenderse aquella tarea desempeñada por el Derecho consistente en dotar de consenso, legitimar a las acciones llevadas a cabo en su nombre, pues –como señalan Chevalier y Loschak en relación al Estado- no basta recurrir a la coacción, los conflictos también se previenen “...impregnando en los espíritus la creencia en lo justo del orden político existente” (1986: 293).

Garzón Valdés distingue entre *legitimación* y *legitimidad*. En base a una terminología hartiana, señala que *legitimación* indica la aceptación de la regla básica de reconocimiento por parte de quienes directa o indirectamente detentan el poder institucionalizado (1989: 35). Asumiendo el *punto de vista interno* propuesto por Hart, afirma que legitimación indica la perspectiva desde la cual la regla de reconocimiento es aceptada como pauta suprema de comportamiento en la respectiva sociedad (1989: 36 y 37). La palabra *legitimidad* la reserva para designar la concordancia entre los principios sustentados por la regla de reconocimiento del sistema con los de la moral crítica o ética (1989: 36). La utilidad de tal distinción radicaría en dos cuestiones: a) evitar caer en un positivismo ideológico que llevaría a asumir que porque cada sistema posee sus propios criterios de legitimación, ya posee legitimidad<sup>68</sup>, y b) evitar también la falacia naturalista consistente -en este caso- en afirmar que en una sociedad las reglas son moralmente debidas porque en ella, los grupos de dirigentes, las aceptan como reglas

---

<sup>68</sup> “El error del positivismo ideológico –señala Garzón Valdés- consiste en creer que la aceptación o el cumplimiento de las normas básicas del sistema por parte de sus creadores o destinatarios proporcionan razones suficientes para la justificación moral de los actos que ellos realizan.” (Garzón Valdés, 1989: 37)

(1989: 37). La *legitimidad* se relacionaría con lo bueno ético, mientras que la *legitimación* con lo bueno técnico o instrumental: "...la legitimidad no es un problema técnico que se solucione a través de un instrumental eficaz para lograr que la gente crea en la aceptabilidad de la respectiva regla de reconocimiento, sino que es un problema esencialmente ético" (1989: 37). Con esta distinción Garzón Valdés busca criticar el concepto de legitimidad procedimental de Luhmann, para quien la cuestión de la legitimidad se agota en el convencimiento fácticamente generalizado de la validez del Derecho, la obligatoriedad de sus normas o decisiones y del valor de los principios que las justifican (1989: 37).

Aunque la distinción de Garzón Valdés tiene el mérito de ofrecer una buena crítica a la reducción de la legitimidad a la legalidad, reconociéndole al mismo tiempo a la primera esa vinculación con lo justo que pervive en el conocimiento no especializado, sin embargo, no logra comprenderse bien por qué afirma que quienes adoptan el punto de vista interno predicán la *legitimidad del sistema*, sosteniendo que lo contrario sería para él caer en una *manifiesta contradicción* (1989: 36). Como muestra Liborio Hierro en relación a la eficacia de las normas jurídicas, éstas pueden ser cumplidas por diversas razones: temor a la sanción, por utilidad, por respeto al orden, por respeto a la autoridad, y sólo una de éstas razones es por adhesión (2003: 74 y 83-128). Luego, puede adoptarse como pauta de conducta la regla suprema de reconocimiento sin que ello implique una coincidencia entre la moral crítica y los valores representados por la regla de reconocimiento. Lo que se quiere destacar aquí es que no existe una *contradicción* entre ese reconocimiento y el rechazo a los valores que representan esas reglas, como sostiene Garzón Valdés, aunque es verdad que en las sociedades actuales la idea de *legalidad* se encuentra estrechamente vinculada a su precepción de *legitimidad*, como se ha visto antes en relación a *la ideología del interés general*, como se verá luego con la *fuerza simbólica del Derecho* de Bourdieu, y como al parecer termina concluyendo el propio Liborio Hierro al apoyar la –en su opinión– tesis de Hart (2003: 128)<sup>69</sup>. Es decir, en nuestras sociedades lo que establezca el Derecho –Garzón Valdés diría legitimación: lo bueno técnico– se encuentra

---

<sup>69</sup> Así lo apunta Liborio Hierro "Ésta es –entiendo– la parte central y clara de la tesis de Hart y no resultaría extraño que algunas evidencias empíricas apunten precisamente en apoyo a esta tesis: la obediencia de los ciudadanos, en general y en situaciones normales, está motivada no tanto por el temor a la sanción como por el respeto por un orden jurídico que, en términos generales, merece una cierta aceptación y este respeto genera, también en términos generales, la adhesión a la mayor parte de las normas por el mero hecho de que son normas dictadas por la autoridad que se entiende legítima. La conclusión es, según creo, que la adhesión a las normas jurídicas no sólo y no siempre es un supuesto de mera coincidencia sino que, con mucha frecuencia, está motivada por el mero hecho de que se trata de una norma jurídica y que es este dato el que motiva la aceptación moral de (o adhesión a) la norma" (2003: 128)

estrechamente vinculado, en las representaciones de los ciudadanos, con lo bueno ético - legitimidad para Garzón Valdés-, y en esta identificación, la *violencia simbólica*<sup>70</sup> representada por el mismo Derecho juega un papel fundamental. Es a esta construcción de representaciones a que apunta la idea de *función simbólica del Derecho*. La cuestión entonces pasa por determinar cómo, mediante qué mecanismo, a través de cuáles funciones, o incluso en virtud de que ficciones, los discursos jurídicos estatales logran vincular la legitimación del sistema jurídico a la idea de legitimidad.

La *función de legitimación del poder social* -como se señaló- puede ser entendida desde una perspectiva restrictiva sólo como la distribución del poder autoritario de decisión y la fijación de las formas procesales necesarias para que tal decisión sea reconocida como oficial y vinculante. Desde este punto de vista, la *función de legitimación* se centra únicamente en los órganos judiciales y se cumple por medio de normas de competencia y procedimiento. Sin embargo, si se concibe por *poder* la capacidad o participación en la toma de decisiones, entonces, al afirmar que una de las funciones del Derecho es la de legitimación del poder se quiere señalar –siguiendo a Ferrari- “...el hecho de que todos los sujetos que disponen de capacidad de decisión o que desean ampliarla, pueden hacer uso –y normalmente lo hacen- del Derecho para conseguir el consenso sobre las decisiones que asumen o deben asumir.” (1989: 116)<sup>71</sup>. Se trata de una función que no está exclusivamente referida a los que gobiernan o a los que detentan el poder político; todo sujeto que quiere legitimar y justificar sus acciones o decisiones puede recurrir al sistema normativo con ese fin (Arnaud y Fariñas, 2006: 142). Se trata entonces de reconocer la *naturaleza simbólica* del instrumento de acción social que conocemos como Derecho, sin embargo, es conveniente tener presente desde ya que la *función simbólica* no se reduce a la *función de legitimación*, aunque como se explicará más adelante, de cierta manera la supone<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> La noción de *violencia simbólica* desarrollada por Bourdieu apunta a esa violencia que se ejerce sobre un agente social con su complicidad (1992: 148), pues éstos de cierta manera le reconocen un poder legítimo a quien la ejerce. En *La Reproducción* Bourdieu señala que “...la violencia simbólica (tanto si estas acciones son ejercidas por el curandero, el hechicero, el cura, el profeta, el propagandista, el profesor, el psiquiatra o el psicoanalista) forma parte de una teoría general de la violencia y de la violencia legítima, como atestiguan directamente la sustituibilidad de las diferentes formas de violencia social e, indirectamente, la homología entre el monopolio escolar de la violencia simbólica legítima y el monopolio estatal del ejercicio legítimo de la violencia física.” (Bourdieu y Passeron, 1996: 38). En relación al Estado, señala que la violencia simbólica consiste en el poder de imponer como universal y universalmente aplicable un sistema de normas coercitivas (1992: 112).

<sup>71</sup> Ya se ha señalado antes los dos momentos en que se resuelve esta función. Ver de este trabajo el apartado sobre las *funciones positivas*.

<sup>72</sup> Ferrari destaca cómo el Derecho cumple su función legitimadora de manera más fácil en cuanto éste es percibido a su vez como legítimo (1989: 116).

## CAPÍTULO II. LA FUNCIÓN SIMBÓLICA, LA EFICACIA SIMBÓLICA Y EL USO SIMBÓLICO DEL DERECHO

En el primer capítulo se ofreció un concepto de *función* que juzgamos útil para caracterizar al *análisis funcional* como método. Los conceptos de *función* y *análisis funcional* que se estipularon buscaban quedar liberados de las críticas de apriorismo y conservadurismo dirigidas al Funcionalismo. Para eso se distinguió entre *funciones* y *finés* y se asumió una perspectiva epistemológica constructivista. El concepto de *funciones del Derecho* que se determinó, no contenía ninguna referencia a priori a las tareas en que podrían consistir éstas, pues el punto de partida era el de la observación y delimitación de un espacio de análisis, de un objeto, de cuyo estudio resultarían las funciones observadas como *manifiestas* o *latentes*. Se dijo también que el momento adecuado para calificarlas como *positivas* o *negativas* era el del análisis funcional, y no en la definición de función. Al comenzar el examen de las *funciones generales del Derecho*, se sostuvo que el enfoque bajo el cual éstas se han estudiado no era precisamente el que se proponía en este trabajo, pues habían sido abordadas siempre desde una perspectiva general que buscaba identificar abstractamente las últimas funciones desarrolladas por un objeto también abstractamente construido –*el Derecho*: todo Derecho y en toda sociedad-. Luego de analizar las funciones que clásicamente bajo ese prisma se atribuyeron al Derecho, apareció como evidente que no es el más adecuado para preguntarnos si éste desempeña alguna función latente –¿cómo, si no se ha observado el desempeño de ningún elemento y contexto concreto al momento de fijarlas?-, o si pudiera desempeñar funciones negativas<sup>73</sup> –¿cómo, si son vistas siempre como contribuciones para la sociedad o él mismo? De ese análisis salió a la vista además que la función simbólica del Derecho no había recibido algún tratamiento diferenciado, sino que podía aparecer relacionada con la función de legitimación del poder, si la entendiéramos de la manera amplia que propone Ferrari.

En este capítulo entonces, intentando guardar coherencia con los principios sobre los que, según se ha dicho, debe analizarse el tema de las *funciones del Derecho*, la primera cuestión que se desarrollará será la de delimitar *qué* se entiende por *Derecho* cuando se plantea como hipótesis que éste desarrolla una *función*, tiene una *eficacia* o es *usado* de una manera que se califica como *simbólica*; este primer paso constituye la delimitación del ámbito de

---

<sup>73</sup> Salvo en lo comentado en relación a la reformulación de la función de resolución de conflictos como tratamiento de conflictos.

observación que se considerará en un futuro trabajo. En segundo lugar, tal como se hizo antes con la palabra función, nos avocaremos a delimitar a qué se hace referencia cuando hablamos de lo simbólico. En tercer lugar, en base al concepto de función del primer capítulo, se conceptualizará la *función simbólica del Derecho*, y teniendo en cuenta la crítica de confusión terminológica entre funciones y fines, se diferenciará analíticamente entre *función*, *uso* y *eficacia* simbólica del Derecho, pues esto puede contribuir a ordenar de cierta manera las diferentes y múltiples materias comprendidas en el tema que pretende estudiarse. Así entonces, este capítulo constan tres apartados: en el primero se definirá el objeto formal de estudios explicando qué debe entenderse por Derecho cuando se plantea como hipótesis la eficacia, uso y función simbólica del mismo; en el segundo, se explicará el sentido en que se toma el término *simbólico*; y en el tercero, se explicará y conceptualizará la *función, uso y eficacia simbólicas del Derecho*.

## **1) ¿LAS FUNCIONES DE QUÉ DERECHO? DELIMITACIÓN DEL OBJETO FORMAL DE ESTUDIO**

Como el enfoque desde el cual se busca abordar el estudio es eminentemente sociológico, el concepto de Derecho que se ofrezca, evidentemente, debe ser dado desde esta perspectiva. Sin embargo, son necesarias dos prevenciones. La primera, aunque continuamente se haga aquí referencia a las funciones, al uso o la eficacia *del Derecho*, cualquiera sea el concepto de éste que se adopte y la delimitación espacial y temporal que se le dé, desde ya se debe tener presente que para el estudio de estos fenómenos no basta examinar *exclusivamente* al Derecho. Si queremos dar cuenta de sus causas, modalidades, y efectos, deben incluirse también, por ejemplo, las relaciones que éste pueda presentar con otros campos sociales como el político, el económico, el religioso, cultural, el educacional, etc.; o una caracterización genérica del sistema en el cual se encuentra inserto el Derecho; o el habitus de los agentes operadores e imperados; etc. Es este mismo hecho, entre otras razones, el que más adelante nos llevará a descartar como suficiente método de estudio de estos fenómenos al análisis funcional –aun en los términos depurados en que se ha planteado para preservar su valor de método-. Para una explicación completa del fenómeno jurídico desde una perspectiva sociológica, resulta útil, y hasta indispensable, valerse de conceptos desarrollados no sólo con ocasión de otros métodos de análisis sociológico -como haremos con la teoría de los campos jurídicos de Bourdieu a fin de salvar las insuficiencias del análisis funcional-, sino también de otros conceptos o categorías



con origen en la Filosofía del Derecho, la Dogmática jurídica, la Teoría General del Derecho, la Filosofía del Lenguaje, la Antropología, la Teoría Económica, la Teoría Política, etc. Es decir, la aproximación sociológica al fenómeno jurídico, si quiere dar cuenta de la manera en que opera el Derecho en la realidad, no puede realizarse desde un campo específico de conocimiento ni en base a un único método. La interdisciplinariedad, más que una opción metodológica, viene impuesta como necesaria por el propio objeto de estudio.

La segunda prevención se relaciona con el alcance del concepto de Derecho. Como el concepto sociológico de Derecho suele ser lo suficientemente amplio para abarcar fenómenos jurídicos diversos -pensemos por ejemplo los distintos tipos de pluralismo jurídico-, se hace necesario especificar cuál de esos fenómenos está siendo referido cuando hablamos de la función simbólica *del Derecho*. Es por esto que a continuación se ofrecerá un concepto de Derecho que parece adecuado desde la perspectiva sociológica, pero inmediatamente después, se pasará a identificar cuál y por qué, de los diversos fenómenos jurídicos que en él caben, será analizado en el desempeño de su función, uso y eficacia simbólica, pues debemos evitar que lo que se diga de estos temas se reconduzca *al Derecho* en el mismo sentido en que se han desarrollado las *funciones generales*.

Son diversos los conceptos de Derecho que pueden adoptarse desde una perspectiva sociológica y que serían útiles para nuestro objeto<sup>74</sup>. Aquí, se seguirá el concepto de

---

<sup>74</sup> Son múltiples los conceptos sociológicos que podamos dar de Derecho. Así, Weber afirmaba que “*Un orden debe llamarse: (...) Derecho: cuando está garantizado externamente por la probabilidad de coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión*” (2002: 27). Para Fariñas, a diferencia de Toscano y Kantorowicz, la definición de Weber no debe enmarcarse en la teoría jurídica de la coacción (*zwangstheorie*), pues ello niega la posibilidad de una definición sociológica del Derecho, sino que la coacción debe entenderse como un elemento externo de la definición conceptual de Derecho, a través del cual se garantiza la realización efectiva del mismo y que permite diferenciarlo de otros órdenes sociales extrajurídicos como la convención, el uso y la costumbre (1991: 167). Para Fariñas, el concepto comprende dos elementos: a) el de reconocimiento o de la legitimidad de un orden jurídico, que tiene lugar cuando los individuos reconocen un orden como legítimo orientando hacia él sus comportamientos empíricos, y b) el elemento de la coacción, entendida como garantía de la legitimidad y de la eficacia del orden jurídico. Otro concepto sociológico útil al estudio de *la función simbólica* podría ser el de Ferrari, quien identificando ciertos criterios analíticos presentes en el concepto (1989: 61-90), y procurando que su definición respete la concepción más común que socialmente se tiene del Derecho, lo define como *un conjunto institucional de mensajes normativos simbólicos, heterónomos, condicionales y susceptibles de juicio*. En la forma teleológica, subjetivista y relativista del análisis funcional de Ferrari, este concepto permite concebirlo como un medio utilizable en virtud de objetivos conscientes, es decir, como un instrumento de acción social (1989: 92). André Hoekema por su parte, señala que el Derecho, en su sentido social, debe ser entendido como “*las normas para la vida social de una comunidad determinada, aplicadas, cambiadas y mantenidas vigentes y sancionadas por los oficiales a quienes conforme a la normatividad pertinente se les otorgó el poder de ejecutar este cargo*.” (2002: 69); y Raquel Yrigoyen, en sus estudios sobre el pluralismo jurídico en América latina, define al Derecho como un “*sistema de normas, prácticas, valores, procedimientos y autoridades/instituciones que sirve para regular la vida social, resolver conflictos y organizar el orden, así como las reglas para cambiar las reglas; que tiene legitimidad y*

Boaventura de Sousa Santos por dos razones. La primera, porque su concepto -desarrollado con ocasión de sus estudios sobre la pluralidad de los campos jurídicos- lleva implícita una crítica importante: intenta ser lo suficientemente amplio y flexible como para liberarlo de la dimensión espacial-temporal del Estado-nación, desde la que ha sido concebido el Derecho en los últimos doscientos años por la teoría política liberal hegemónica, la cual habría declarado como inexistentes las otras dos dimensiones espaciales temporales del Derecho, a saber, la local y la transnacional. La segunda razón de esta elección pasa porque Santos ha desarrollado de manera vasta las condiciones para un *uso simbólico contrahegemónico o emancipatorio del Derecho*, y su concepto permite resaltar tanto éste potencial, como el regulatorio o represivo; potenciales que dependerían –a juicio del autor- de la movilización política y de las fuerzas sociales en competencia (1998: 19-20).

La teoría política liberal –señala Santos-, sobre las bases del positivismo jurídico de los siglos XIX y XX, desarrolló un concepto estrecho de Derecho que se resolvía en la ecuación: nación, Estado y Derecho, sin dar cuenta de las otras dimensiones espacial-temporales antes indicadas. En base a la antropología jurídica y filosofía jurídica antipositivista de finales del siglo XX, Santos propone un concepto sociológico de Derecho, concibiéndolo como *cuerpo de procedimientos y estándares normativos regulados, que se considera exigible ante un juez o un tercero que imparte justicia y que contribuye a la creación y prevención de disputas, así como a su solución mediante un discurso argumentativo acompañado de la amenaza de la fuerza* (1998: 20). En este concepto es posible distinguir tres elementos estructurales: a) *la retórica*, entendida como una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones, basada en la persuasión o en la convicción por medio de la movilización del potencial argumentativo de las secuencias y mecanismo verbales y no verbales aceptados; b) *la burocracia*, entendida como una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones, fundada en la imposiciones autoritarias realizadas mediante la movilización del potencial demostrativo de los procedimientos regulados y los estándares normativos; y c) *la violencia*, entendida como una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la amenaza de la violencia física (1998: 20).

Aunque en este concepto caben diversos sistemas normativos identificables como Derecho, el análisis de la función simbólica se centrará exclusivamente en el *Derecho estatal*,

---

*eficacia para determinado colectivo, en cierto contexto socio-cultural e histórico*” (2006: 538). Un análisis del concepto sociológico del Derecho puede verse también en Werner Krawietz (1988)

lo que evidentemente no niega la posibilidad de examinar si la función simbólica se verifica en otros Derechos. La sola presencia hegemónica del Derecho estatal en nuestras sociedades actuales justificaría la elección de este campo de análisis por su importancia y preeminencia en la configuración de la realidad social. Pero aquí nos centraremos en él, además, por dos razones estrechamente relacionadas, una práctica y la otra teórica. En relación a la primera, el desarrollo de los aspectos teóricos y metodológicos contenidos en este trabajo tiene por finalidad construir un marco de análisis adecuado para estudiar, entre otras cosas, dos fenómenos sociales de suma importancia en la realidad chilena: la crisis del sistema de educación superior que dio origen al movimiento social estudiantil, y el mal llamado conflicto mapuche, nacido de la desigual relación que existe entre el Estado chileno y los pueblos originarios. En ambos casos, es posible encontrar fenómenos que no pueden ser explicados, sino considerando respecto de ellos la hipótesis un *uso simbólico del Derecho* producido y aplicado por, y desde, el Estado. De modo que la elección del Derecho estatal no pasa por una concepción monista que identifica Estado y Derecho, sino porque el marco teórico que he comenzado a perfilar en estas páginas apunta a estudiar fenómenos sociales en relación a los cuales el Derecho estatal juega un rol preponderante. Además, el concepto de sociológico de Derecho que se ha asumido -antes de delimitarlo al campo estatal de análisis- permitiría apreciar como tal -como Derecho, y siempre que la investigación lo requiriera-, prácticas o estándares normativos del pueblo Mapuche que, desde una concepción monista, estarían supeditadas al reconocimiento o remisión del Derecho estatal.

La segunda razón es de tipo más bien teórico pero está estrechamente vinculada a la anterior. Se relaciona con el proceso de génesis del Estado desde una perspectiva bourdieuana. Para Bourdieu (1997: 98 y ss.), la génesis del Estado está ligada a la concentración de una serie de especies de poder o capital interdependientes entre sí<sup>75</sup>, dentro de los cuales destaca la concentración de un capital simbólico que "...permite a los agentes sociales percibir (conocer y re-conocer) como legítimas las diferentes especies de poder sobre (o *en*) las que se construye el Estado" (García Inda, 1997: 172-173)<sup>76</sup>. El Estado es entendido por Bourdieu como "el

---

<sup>75</sup> "El Estado es el resultado de un proceso de concentración de los diferentes tipos de capital, capital de fuerza física o de instrumentos de coerción (ejército, policía), capital económico, capital cultural o, mejor dicho, informacional, capital simbólico, concentración que, en tanto que tal, convierte al Estado en poseedor de una especie de metacapital, otorgando poder sobre las demás clases de capital y sobre sus poseedores" (Bourdieu, 1997: 99)

<sup>76</sup> La reconstrucción de la génesis del Estado como un proceso de acumulación de capitales está expuesta en (Bourdieu, 1997: 97 y ss.). Para una síntesis de los procesos de concentración de capitales con los que surge el Estado, puede verse (García Inda, 1997: 170-174).

conjunto de los campos en los que tienen lugar las luchas en las cuales lo que está en juego es —para basarnos en la famosa formulación de Max Weber— *el monopolio de la violencia simbólica legítima, es decir, el poder de constituir y de imponer como universal y universalmente aplicable dentro de una determinada "nación", mejor dicho dentro de las fronteras de un territorio dado, un conjunto común de normas coercitivas.*<sup>77</sup> (Bourdieu y Wacquant, 1992: 112)<sup>78</sup>. En otro lugar Bourdieu lo define como “...una X (por determinar) que reivindica con éxito el monopolio del empleo legítimo de la violencia física y simbólica en un territorio determinado y sobre el conjunto de la población correspondiente.” (1997: 97)<sup>79</sup>. Es la acumulación de un capital simbólico<sup>80</sup> lo que hace duradera la acumulación de poderes en el Estado —cuestión que a juicio de Bourdieu no ha sido considerado por las teorías que explican la génesis del Estado (Bourdieu, 1997: 107)-. El Estado —señala Bourdieu- es la sede por antonomasia de concentración y ejercicio del poder simbólico (Bourdieu, 1997: 108). La forma objetivada y codificada del capital simbólico es, por excelencia, el capital jurídico, que constituye para el Estado el medio a través del cual impone e inculca los principios duraderos de división conformes a sus propias estructuras (Bourdieu, 1997: 108)<sup>81</sup>. El Estado —sostiene Bourdieu-se encarna a la vez en la objetividad y en la subjetividad: en la primera, bajo la forma de estructuras sociales objetivas, y en la segunda, bajo la forma de categorías de percepción y pensamiento, lo que lo pone en condiciones de ejercer una violencia simbólica. Y “debido a que

---

<sup>77</sup> El destacado es mío.

<sup>78</sup> La definición de Weber enfatiza sólo la coacción física. “El Estado —señala- es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio —el concepto de territorio es esencial a la definición- reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima” (2002: 1056)

<sup>79</sup> Sobre la concepción de Estado de Bourdieu, se debe tener presente que, con ella, él busca alejarse de las nociones escolásticas o académicas que especulativamente lo trataban como una noción cuasi-metafísica, presuponiendo que “...el Estado es una realidad bien definida, claramente circunscripta y unitaria que se mantiene en una relación de externalidad con las fuerzas del afuera que están a su vez claramente identificadas y definidas”, cuando en verdad, lo que encontramos concretamente —señala Bourdieu- “es un conjunto de campos administrativos o burocráticos (a menudo bajo la forma empírica de comisiones, oficinas y consejos) dentro de los cuales agentes y categorías de agentes, gubernamentales y no gubernamentales, luchan por esta forma peculiar de autoridad que consiste en el poder de mandar por medio de la legislación, regulaciones, medidas administrativas (subsidios, autorizaciones, restricciones, etc.), en suma, todo lo que normalmente ponemos bajo el rubro de las políticas de Estado como esfera particular de prácticas...” (Bourdieu y Wacquant, 1992: 111). Por esto es que, para Bourdieu, la noción de Estado sólo tiene sentido como una etiqueta estenográfica para esos “...espacios de relaciones objetivas entre posiciones de poder (que asumen distintas formas), bajo la forma de redes más o menos estable —de alianzas, cooperación, clientelismo, servicio mutuo, etc.- manifestadas en acciones fenoménicamente diversas que van desde el conflicto abierto a la connivencia más o menos encubierta” (1992: 112).

<sup>80</sup> Aunque será tratado en detalle más adelante, anticipemos que el capital simbólico puede definirse como “...la forma que adquiere cualquier tipo de capital cuando es percibido a través de unas categorías de percepción que son fruto de la incorporación de las divisiones o de las oposiciones inscritas en la estructura de la distribución de esta especie de capital (por ejemplo fuerte/débil, grande/ pequeño, rico/pobre, culto/inculto, etc.).” (Bourdieu, 1997: 108).

<sup>81</sup> Para una exposición del proceso de acumulación del capital jurídico en el Estado, ver Bourdieu (1997: 108-113)

[la institución Estado] es el resultado de un proceso que la instituye a la vez en las estructuras sociales y en las estructuras mentales adaptadas a esas estructuras, la institución instituida hace olvidar que es fruto de una larga serie de actos de institución y se presenta con todas las apariencias de lo *natural*” (Bourdieu, 1997: 98)

El Estado, que es un producto social, participa activamente en la construcción social de la realidad de la que hablan Berger y Luckmann (1997); no basta con el olvido de su carácter no natural, sino que este tiene un rol preponderante en su producción y reproducción. Uno de los mecanismos por los cuales él y la realidad social de la que hace parte son reproducidos, puede observarse en lo que antes hemos llamado *la ideología del interés general*, en virtud de la cual el Estado se presenta ante los ciudadanos, y estos se lo representan, como una cosa de todos, accesible para todos, natural e indispensable. Pero el Estado además inculca todos los principios de clasificación fundamentales “...según el sexo, según la edad, según la «competencia», etc., y asimismo es el fundamento de la eficacia simbólica de todos los ritos de institución, de todos los que fundamentan la familia y también de todos los que se ejercen a través del funcionamiento del sistema escolar, lugar de consagración donde se instituyen, entre los elegidos y los eliminados, unas diferencias duraderas, a menudo definitivas, parecidas a las que instituía el ritual de armar caballero a los nobles” (1997: 117).

Así, el Estado, en tanto detentador del monopolio de la violencia simbólica, ocupa un rol central en la construcción legítima de la realidad social. Impone, sobre todo a través del Derecho, una percepción del mundo social en la que él ocupa un lugar básico y central, cuando él es a su vez resultado de dicha construcción (García Inda, 1997: 178). En el amplio proceso de acumulación de capital simbólica en que se asienta la autoridad del Estado, la acumulación de capital jurídico es el que juega un rol crucial en el fundamental poder estatal de *nombrar*: poder misterioso que -para Bourdieu- obedece a una lógica próxima a la de la magia como describiera Marcel Mauss: “Como el hechicero –señala Bourdieu- [el Estado] moviliza todo el capital de creencia acumulado por el funcionamiento del universo mágico, el presidente de la República que firma un decreto de nombramiento o el médico que firma un certificado (de enfermedad, de invalidez, etc.) movilizan un capital simbólico acumulado en y por toda la red de relaciones de reconocimiento que son constitutivas del universo burocrático.” (1997: 113). Las actas de nacimiento, estado civil, certificados, etc., forman parte de actos oficiales llevados a cabo por funcionarios investidos de autoridad por el Estado, y al ser enunciados, se ejerce un verdadero poder creador en que lo enunciado es o pasa a ser según su definición social legítima.

Estos aspectos, tanto los relativos al objeto de investigación para el cual se está trabajando, como la importancia de la acumulación de un capital simbólico en el proceso de génesis del Estado -que le otorga al Derecho estatal un rol preponderante en la construcción social de la realidad-, justifican que el análisis de la *función, eficacia y uso simbólico del Derecho* se centre precisamente en el Derecho estatal, sin que a partir de esto pueda criticarse alguna identificación exclusiva y excluyente entre Estado y Derecho. Pero no se trata de todo Derecho estatal, pues así planteado no hay mucha diferencia con un enfoque filosófico positivista. Aquí se están desarrollando instrumentos conceptuales y metodológicos para el estudio de fenómenos presentes en los dos casos citados, y respecto de los que sería posible formular como *hipótesis* la función, eficacia y uso simbólico del Derecho, las cuales han sido formuladas para, y serán corroboradas en, un campo concreto de observación, el Derecho estatal chileno. Y esto se relaciona con una de las premisas que he asumido como guía para el desarrollo de este trabajo: renunciar a buscar, descubrir o corroborar una teoría con pretensiones de validez y utilidad universales, una especie de teoría general. Mi interés está más centrado en indagar -en relación a ese par de casos concretos- cómo la producción, aplicación y el funcionamiento del Derecho positivo del Estado chileno, establecido en fomento o protección de fines declarados y/o disimulados, tiene incidencia en la vida concreta de personas concretas. Nos alejamos entonces de cualquier tentación intelectualista, y se considera al Derecho, no aislada y abstractamente, sino como un entramado complejo de normas, principios, prácticas y dinámicas inmersas en un contexto social, político, económico, cultural, y humano concretos, buscando establecer relaciones entre estos distintos elementos y, principalmente, la incidencia que ellos pueden tener en la capacidad de experimentar de un sujeto.

Podría criticarse que el trabajo que aquí se está llevando a cabo constituye una construcción de instrumentos ad-hoc, y que por esto –sumado a la anterior declaración de intenciones- pierde rigor científico. En relación a lo primero, la verdad es que ya el mismo Cassirer sostenía que la “...la interpretación de los hechos experimentales depende siempre de cierto concepto fundamental que debe ser esclarecido antes de que el material empírico pueda producir sus frutos.” (1987: 52). Y en relación a lo segundo, sólo sostendría que, desde mi punto de vista, la actividad científica debe comenzar por una explicitación y justificación del proceso que lleva a la elección de los temas u objetos de estudios; elección realizada a veces, incluso, intuitiva y hasta emocionalmente, y aun antes de disponer del aparato metodológico con el cual analizarlo. Lo único que se ve afectado en estos casos es la pretensión de

neutralidad o ascetismo en la investigación científico-social, pero siguiendo a Boaventura de Sousa Santos, es posible decir que ni la *neutralidad* ni la *objetividad* son posibles en términos absolutos, y que el científico social crítico debe intentar minimizar la primera y maximizar la segunda, la cual “...resulta de la aplicación rigurosa y honesta de los métodos de investigación que nos permitan hacer análisis que no se reduzcan a la reproducción anticipada de las preferencias ideológicas de aquellos que las llevan a cabo”. Pero también, como destaca el mismo autor, existe la idea de una “objetividad fuerte” (término que toma de Sandra Hardig), entendida como aquella que resulta “...de la aplicación sistemática de métodos que permitan identificar los presupuestos, los preconceitos, los valores y los intereses que subyacen a la investigación científica, supuestamente desprovista de ellos” (2003: 33).

## **2) ¿A QUÉ HACEMOS REFERENCIA CON LO SIMBÓLICO? PRECISIONES CONCEPTUALES RELATIVAS A LA FUTURA FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS**

Lo cuestión simbólica ha sido tratada de manera muy amplia en diversas disciplinas<sup>82</sup>, aunque igual como ocurría con la palabra función, tampoco se trata de conceptualizaciones totalmente aisladas. El camino que seguirá en la explicación del símbolo, sin embargo, difiere del asumido con la palabra función<sup>83</sup>. Aquí, más que ofrecer un concepto de símbolo, se intentará delimitar el campo de sentido al que hacemos referencias con el término simbólico, lo cual se hará en base a las explicaciones de Ernst Von Cassirer, Charles Morris, Tzvetan Todorov y Mauricio García Villegas<sup>84</sup>.

Se ha optado por tomar como punto de partida la obra de Ernst Von Cassirer por varias razones. La primera: ya hemos hecho antes referencia a este autor en relación al pensamiento relacional y su aporte a la superación del pensamiento substancialista, por lo que sus explicaciones respecto al símbolo, que se encuentran además estrechamente vinculadas con su

---

<sup>82</sup> Sería imposible dar aquí referencias de todas las áreas y todos los autores que en ellas se han ocupado de la cuestión simbólica. Sólo por mencionar algunos autores diferentes a los que serán utilizados en este texto, puede citarse en psiquiatría a Sigmund Freud sobre el simbolismo de los sueños (1985); las correcciones que intento introducirle Carl Gustav Jung a su perspectiva (1995); Piaget y sus estudios sobre la formación del símbolo en el niño (1966), Lacan y su clasificación de lo simbólico, real e imaginario (1953), etc. En antropología, por ejemplo, los trabajos de Levi-Strauss sobre el mito y su eficacia simbólica (1995); la antropología interpretativa de Clifford Geertz (2003); Victor Turner y sus estudios sobre el simbolismo en el ritual Ndembu (1980). En sociología, Bourdieu y sus estudios sobre el poder simbólico (1997); toda la corriente del interaccionismo simbólico, etc. En semiótica Charles Pierce (2005) y la lingüística estructural de Saussure (1945).

<sup>83</sup> En ese caso se justificaba por la utilidad que tenía para la depuración del análisis funcional.

<sup>84</sup> La elección de estos autores no significa cerrar la posibilidad de explorar si el significado dado en otras áreas - por ejemplo, en psiquiatría las categorías simbólico, real e imaginario de Lacan- pueden ser útiles a la investigación que propongo, pero ésta es una línea que no es posible abordar acá y en sí misma daría lugar para otra tesis.

idea de unidad funcional de las diversas formas culturales, nos darán una idea más acabada de esta forma de pensamiento. En segundo lugar, las ideas de Cassirer nos permiten situar al Derecho como un fenómeno estrictamente cultural, relativo al hombre y su obrar en el mundo; de hecho, la primacía de la función sobre la substancia que caracteriza a la obra de Cassirer tuvo influencia en el enfoque que aplicó Kelsen a la explicación del Derecho<sup>85</sup>. En tercer lugar, podemos decir que el concepto de símbolo dado por Cassirer, aunque es desarrollado con otros objetivos, permitirá diferenciarlo del signo y situarlo en el ámbito del sentido, lo que constituye un buen punto de partida a la hora de delimitar la cuestión simbólica. En cuarto término, el enfoque cassireriano presenta una cierta utilidad metodológica, no en sí mismo, sino como un *referente negativo* en dos sentidos: a) desde una perspectiva cassireriana Hans Lindahl ha sostenido que el Derecho siempre desempeña sólo una función, la simbólica, entonces, si quiere preservarse el valor de la categoría *función simbólica del Derecho*, debe salvarse esta eventual crítica; b) la perspectiva cassireriana constituye un ejemplo de cómo, aun explicando el mundo formado por el hombre, la construcción de ese mundo es tratada como algo que sólo consistiera en relaciones de sentido o comunicación, en intercambios simbólicos, como si todo transcurriera en una mente, situada no sé dónde, y en la que ningún rol juega el resto del organismo humano y los fenómenos cotidianos que experimenta. La perspectiva que se trata de adoptar aquí, aunque trata de la cuestión simbólica, busca precisamente trascender esa reducción de todo a cuestiones de sentido, incorporando en la explicación los fenómenos materiales de fuerza, de dominación, que están en él presentes; así como también, se busca resituar en el centro de interés de la reflexión al hombre como un polo experienciador completo, compuesto de mente y cuerpo, con sus necesidades materiales, asolado por temores y que alberga esperanzas, que padece o disfruta los efectos de fenómenos complejos para cuya explicación se construye una teoría. Es por esta razón que el enfoque *enactivo* de Varela parece más adecuado si tuviera que adoptarse una posición en relación a la cuestión epistemológica que atraviesa estas páginas.

---

<sup>85</sup> Así aparece en la cita de Kelsen incluida por Hans Lindahl "Contra este presupuesto, Kelsen hace valer la prioridad de la función: «Lo que Cassirer ha logrado para los conceptos básicos de las ciencias naturales... Puede lograrse de forma enteramente análoga para los conceptos básicos de la ciencia jurídica, y en particular para el concepto del estado: de conceptos substanciales, transformarlos en puros conceptos funcionales» (Hans Lindahl, 1996: 95). El mismo Hans Kelsen le manifiesta a Renato Treves este hecho en la carta enviada el 03 de 1933. La carta está publicada en la Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año VI, Número 8, 2012, pp. 175-178.



La obra de Cassirer, por lo tanto, ofrece buenos elementos para comenzar a delimitar la idea de símbolo<sup>86</sup>, pero sólo como punto de partida, pues su concepto fue desarrollado en un ámbito y con objetivos distintos<sup>87</sup>, resultando insuficiente para proporcionarnos una idea acabada acerca de la especial manera en que el Derecho incide socialmente mediante su función simbólica. Adoptar su concepto de símbolo, así, sin más, sólo acarrearía un problema irresoluble: la pérdida de valor de la afirmación *el Derecho cumple una función simbólica*, pues si éste es esencialmente simbólico -como aparece igualmente toda la cultura humana al contrastarla con la realidad exterior al sujeto y con todo aquello que no *es producto de su acción conformadora y finalista*<sup>88</sup>- tal afirmación podría parecer, como sostiene Hans Lindahl, una suerte de tautología<sup>89</sup>, pues en tanto producto cultural humano<sup>90</sup> el Derecho participa del universo simbólico de todas las formas culturales. Se hace entonces indispensable, a fin de conservar el valor conceptual y metodológico de la categoría *función simbólica del Derecho*, aclarar la especificidad que la misma tiene dentro de un marco teórico que sostiene el carácter simbólico de todo el Derecho.

En *Filosofía de las formas simbólicas*<sup>91</sup> Cassirer señala que *el signo simbólico es un contenido sensible que se hace portador de una significación espiritual universal* (2003: 36), o un “...contenido individual, sensible, que sin dejar de ser tal, adquiere el poder de representar algo universalmente válido para la conciencia” (2003: 56). A juicio de Cassirer, signo y

---

<sup>86</sup> El marco teórico que pretende definirse en este trabajo toma algunos elementos desarrollados por Ernst Von Cassirer, pero es necesario tener presente que el estudio de la *función simbólica del Derecho* no es la continuación de alguna idea o concepto desarrollado por Cassirer, ni es propiamente la pura aplicación al ámbito jurídico de algún desarrollo de su antropología filosófica.

<sup>87</sup> Como se verá más adelante, es el error en que incurre Hans Lindahl al extender las ideas de Cassirer al tema de las funciones del Derecho.

<sup>88</sup> Como señala Agustín Squella, éste es el concepto amplio de cultura que ofrece Jorge Millas “... empleamos la palabra “cultura” no en el sentido restringido que la vincula a la creación, producción y difusión de las artes, sino en el más amplio, definido por el filósofo chileno Jorge Millas, como todo aquello que resulta de la acción conformadora y finalista del hombre, como todo aquello –habría dicho Radbruch- que el hombre ha sido capaz de colocar entre el polvo y las estrellas.” (2007: 55). Es este el sentido en que se está empleando el término *cultura* o *cultural*.

<sup>89</sup> Específicamente, Hans Lindahl señala que sería falaz afirmar que el Derecho, además de sus funciones instrumentales y de garantía, desempeña una función simbólica. El Derecho mismo –afirma Lindahl- es esencialmente simbólico y “...sólo desenvuelve una función, no tres”; las funciones instrumentales y de garantía que tradicionalmente se le atribuyen, no son sino “...modalidades del <<trabajo del símbolo>> inherente al derecho mismo: aproximación y distanciamiento.” (1996: 68). Esta es la crítica que se busca despejar al especificar el sentido en qué estamos considerando el símbolo.

<sup>90</sup> Este es uno de los puntos de partida básicos en mi concepción de lo jurídico, alejándome por tanto de cualquier enfoque iusnaturalista que identifique al Derecho con un orden divino o natural.

<sup>91</sup> En este libro Cassirer muchas veces utiliza indistintamente la palabra signo y símbolo para hacer referencia a este último. La distinción signo-símbolo aparece en su libro *Antropología filosófica*. En este trabajo, salvo cuando se trata de una cita literal tomada de *Filosofía de las formas simbólicas*, se utilizan los términos de acuerdo a la distinción efectuada en *Antropología filosófica*.

símbolo no son lo mismo, pues pertenecen a universos diferentes del discurso: mientras una *señal o signo forma parte del mundo físico del ser, el símbolo es una parte del mundo humano del sentido*, por lo que el símbolo no puede reducirse a meras señales. Un símbolo no posee existencia real como parte del mundo físico, lo que posee es un sentido (1987: 91). Usando las categorías desarrolladas por Charles Morris<sup>92</sup>, Cassirer afirma que las señales son “operadores”, mientras que los símbolos son “designadores”.<sup>93</sup>

Morris sostiene que en el proceso de semiosis se encuentran presentes tres factores (que podrían ser cuatro si se suma al interprete): a) el *vehículo signico* o mediador, corresponde a los que Cassirer denomina “operadores” y equivalen a su idea de signo diferenciado del símbolo; b) el *designatum*, que corresponde a aquello que se toma en consideración en virtud de la presencia del vehículo signico y equivale a lo que Cassirer entiende por *símbolo* como propiamente tal; y c) el *interpretante* del interprete, que corresponde a la conducta, a la consideración del vehículo signico, en virtud de lo cual éste funciona como signo para alguien (1985: 27-31)<sup>94</sup>. Lo que Cassirer busca con la referencia a Morris es situar al símbolo en el ámbito del *designatum*, es decir, referido a “...la cuestión de cuáles son las características del objeto o situación que realmente se toman en consideración en virtud de la presencia de,

---

<sup>92</sup> Son evidentes ciertas influencias recíprocas entre ambos autores, aunque Morris reconoce que sólo en menor medida se basa en la obra de Cassirer y mayormente, en cambio, en George H. Mead, Bertrand Russell, Charles Peirce y Rudolf Carnap (1985: 16). Ambos autores comparten en alguna medida la pretensión de alcanzar el elemento unitario en las diferentes formas de conocimiento humano; Morris, empirista científico norteamericano, hace suyo el proyecto del positivismo lógico: la búsqueda de la unidad de todas las ciencias, y en ella la teoría general de los signos juega un rol fundamental (1985: 23-26). Para Morris, la semiótica presenta una doble vinculación con la ciencia: por un lado, es ella misma una ciencia que tiene por objeto de estudio la semiosis, entendiendo por tal *el proceso mediante el cual algo funciona como símbolo* (1985: 25), y en este ámbito, la semiótica comprende tanto a la semántica, la sintáctica y la pragmática; pero por otro lado, para Morris la semiótica puede ser ella misma entendida como el *organon de una meta ciencia* (ciencia cuyo objeto es la ciencia), como el instrumento de la totalidad de las ciencias, puesto que cada una de éstas utiliza y expresa sus resultados por medio de signos. En sus palabras “...habida cuenta de que nada puede estudiarse sin signos que denoten los objetos en el campo objeto de estudio, un examen del lenguaje de la ciencia debe emplear signos que se refieran a signos, y es la semiótica quien ha de proporcionar los signos y principios pertinentes para realizar ese estudio. La semiótica proporciona un lenguaje general aplicable a cualquier signo o lenguaje especial, y aplicable también al lenguaje de la ciencia y a los signos específicos que ésta utiliza.” (1985: 25). Por todo ello es que para Morris la semiótica puede ser apreciada como una ciencia y a la vez como parte en el proceso de unificación de la ciencia.

<sup>94</sup> La cuestión aparece clarificada con alguno de sus ejemplos: “Un perro responde con el tipo de conducta (I) que implica la caza de ardillas (D) a cierto sonido (S); un viajero se prepara para estar a tono (I) con la región geográfica (D) a que se desplaza en virtud de la carta (S) que ha recibido de un amigo. En esos casos S es el vehículo signico (y un signo en virtud de su funcionamiento) D el designatum, e I el interpretante del intérprete.” De esta manera, Morris entiende que la caracterización más eficiente del signo es la siguiente: S es un signo de D para I en la medida en que I tome en consideración D en virtud de la presencia de S. Por tanto, en la semiosis algo toma en consideración otro algo mediatamente, es decir, a través de un tercer algo. La semiosis es, en consecuencia, una consideración mediada.” (1985: 27-28).

solamente, el vehículo sígnico.” (Morris, 1985: 29)<sup>95</sup>. No todos los signos, en la práctica, se refieren a un objeto con existencia real –señala Morris-, pero todos los signos tienen un *designatum*, lo cual guarda armonía con lo expresado por Cassirer en cuanto a que el símbolo forma parte del mundo del sentido y no del mundo físico del ser. En base a esto es que Morris distinguir entre el *designatum* y el *denotatum*: “cuando aquello a que se alude existe realmente como algo referido al objeto de referencia, hablamos de *denotatum*”. De ello se sigue que, si bien *todo signo* tiene un *designatum*, no todo signo tiene un *denotatum*. Un *designatum* no es una cosa, sino un tipo de objeto o conjunto de objetos, “...y como es sabido un conjunto puede contar con muchos miembros, con uno solo o con ninguno” (1985: 30). Cassirer nos dirá que las señales poseen una especie de ser físico o sustancial, mientras que los símbolos poseen únicamente un valor funcional. (1987: 57).<sup>96</sup>

Con el símbolo, lo que inmediatamente es - es decir, la materialidad del signo- pasa a segundo término frente a lo que mediatamente logra e indica (2003: 36)<sup>97</sup>. El valor del símbolo no estriba tanto en lo que retiene del contenido individual concreto sensible y su facticidad inmediata, sino en lo que suprime y deja escapar de ella (2003: 53). En el establecimiento del símbolo –señala Cassirer- “...la conciencia se desvincula cada vez más del sustrato directo de la sensación y la intuición sensible...” (2003: 55)

La relación que existe entre el signo y la cosa a que éste se refiere es siempre única y fija, “todo signo concreto e individual se refiere a una cierta cosa individual.” (1987: 64). El símbolo, en cambio, trasciende el aquí y el ahora, trasciende las circunstancias del signo, al contrario de este último, él “...quiere envolver a la totalidad desde la inmaterialidad del sentido” (González, 2013: 99), y se caracteriza por ser extremadamente variable (Cassirer, 1987: 64).<sup>98</sup> El símbolo –señala Cassirer- por el hecho de que cada cosa posee un nombre, tiene aplicabilidad universal (1987: 163). Algo similar es planteado por Bourdieu cuando señala que

---

<sup>95</sup> O como señala más adelante: “El *designatum* de un signo es el tipo de objeto para el que dicho signo es pertinente, es decir, los objetos junto con las propiedades que el intérprete considera a partir de la presencia del vehículo sígnico” (Morris, 1985: 29)

<sup>96</sup> Roberto Andrés González señala que el símbolo existe sólo como sentido, no como res extensa; el signo, en cambio, “...se encuentra inexorablemente referido hacia una sola dirección: hacia algo concreto y acotado, en una aquí y un ahora...” (2013: 98)

<sup>97</sup> Si consideráramos al fonema únicamente en su existencia material –ejemplifica Cassirer-, esto es, únicamente como un sonido, sólo podría ser diferenciable por sus notas de altura y gravedad, intensidad y cualidad, pero sólo cuando se constituye en fonema “... se vuelve expresión de las más sutiles diferencias racionales y sentimentales.” (2003: 36).

<sup>98</sup> El carácter variable, Cassirer lo ejemplifica del siguiente modo: “Puedo expresar el mismo sentido en idiomas diversos y, aun dentro de los límites de un solo idioma, una misma idea o pensamiento puede ser expresada en términos diferentes” (1987: 64)

el lenguaje es el primer mecanismo formal cuyas capacidades generativas no tienen límites “No hay nada que no pueda decirse y puede decirse la nada. En la lengua, es decir en los límites de la gramaticalidad, se puede enunciar todo” (1999: 15). Atendidos todos los elementos que Cassirer señala como diferenciadores del signo y el símbolo, podemos decir por tanto que este último posee una naturaleza peculiar, pues por un lado está sujeto a lo sensible -al signo-, pero por otro, aparece un contenido espiritual que “en sí y por sí lleva más allá de lo sensible”, convirtiéndose así “...en forma de lo sensible” (Cassirer, 2003: 51).

Para Cassirer, el fundamento epistemológico último del símbolo está constituido por la función de representación (2003: 50), que consiste en “...la exposición de un elemento de la conciencia en y por otro elemento de la misma.” (Cassirer, 2003: 44, 50). Y agrega que la función de representación es el *presupuesto esencial para la construcción de la conciencia misma*<sup>99</sup>, y a su vez condición de su unidad formal (Cassirer, 2003: 50)<sup>100</sup>.

Las explicaciones de Cassirer relativas al símbolo tienen por objeto buscar el elemento común a las distintas formas culturales, y esto lo lleva a sostener que todas ellas comparten este *carácter simbólico*, su pertenencia al mundo del sentido producido por el hombre, su carácter de mediaciones ineludibles y necesarias por las cuales aprehendemos, comprendemos y nos

---

<sup>99</sup> En cualesquiera de las formas culturales que se analice –dice Cassirer- debe considerarse este aspecto fundamental y último del “simbolismo natural”: el que en cada momento o fragmento individual de la conciencia está ya necesariamente contenida, o por lo menos delineada, la conciencia como un todo (2003: 50). Es decir, cada establecimiento de una parte implica ya el establecimiento del todo, pero no en cuanto a su contenido, sino en cuanto a su estructura y formas generales (2003: 46). Sólo de esta manera puede comprenderse el hecho de que algo físico pueda hacerse portador de una significación “puramente espiritual”: “...porque la función fundamental del significar mismo está presente y opera ya desde antes del establecimiento del signo individual, de tal modo que al establecerse no resulta apenas creada, sino sólo es fijada y aplicada a un caso individual.” (2003: 51).

<sup>100</sup> Aquí aparece en plenitud el carácter intelectualista del enfoque de Cassirer, pues al reducir la construcción de la conciencia a la función de representación, parece entender como si todo el mundo que construyera el sujeto dependiera de las relaciones de sentido que tienen lugar en su mente, con independencia del resto de su organismo. Esto se vería superado si adoptamos la perspectiva *enactuada* de Varela, pues en este caso, la *conciencia* se concibe como un *estado emergente enactivamente encarnado*, que se encuentra íntimamente vinculada a la experiencia vivida por todo un organismo, a una interacción con el entorno que depende de todo su aparato sensorimotriz. Desde este punto de vista, la mente no está en la cabeza, sino que constituye un estado global emergente, situado en ese lugar no-lugar de co-determinación de lo interno y externo, y es absolutamente inseparable del organismo como un todo (2000: 242). Para Varela, nuestras mentes no presentan una división clara entre a memoria por un lado y el afecto o la visión por otro. “Uno de los descubrimientos más impactantes de los últimos años –señala- es que el afecto o la emoción está en el origen de los que hacemos todos los días en nuestro manejo e interacción con el mundo, que la razón o el razonamiento vendría a ser como la cereza de la torta. La razón surge en el último estadio de la emergencia minuto a minuto de la mente. Fundamentalmente, la mente es algo que emerge de nuestra tonalidad afectiva que está anclada en el cuerpo (...) En el proceso de surgimiento momentáneo de un estado mental, los estadios tempranos están enraizados en las superficies sensorimotrices próximas a la espina dorsal en el cerebro medio, luego se dirigen hacia arriba a lo que denominamos el sistema límbico, en la corteza superior. De este modo, esta tonalidad emocional se va transformando en categorías y elementos distintos y cadenas de razonamientos, que son las clásicas descripciones de la mente en términos de unidades. Pero la razón y las categorías son literalmente los picos de la montaña que están asentados en el afecto y la e-moción. En efecto, la e-moción es ya intrínsecamente cognitiva” (200: 247-248).

hacemos de aquello llamado realidad (Cassirer, 2003: 57): “El hombre –dice Cassirer- no puede enfrentarse ya con la realidad de un modo inmediato; no puede verla, como si dijéramos, cara a cara. La realidad física parece retroceder en la misma proporción que avanza la actividad simbólica. En lugar de tratar con las cosas mismas, en cierto sentido, conversa constantemente consigo mismo. Se ha envuelto en formas lingüísticas, en imágenes artísticas, en símbolos míticos o en ritos religiosos, en tal forma que no puede ver o conocer nada sino a través de la imposición de este medio artificial.” (Cassirer, 1987: 48). De ahí la ya clásica definición del *hombre como animal simbólico*, en vez de racional (Cassirer, 1987: 49).

Es éste el ámbito en el que Cassirer desarrolla su idea de símbolo, y que aplicado al ámbito del Derecho nos permite situarlo en la esfera cultural humana, como perteneciente al mundo del sentido producido por el hombre, y prescindir así de elementos divinos a la hora de explicarlo. Sin embargo, es un error intentar explicar –salvo en lo que se rescata más adelante- las *funciones del Derecho* a partir de esta idea de símbolo, como erradamente desliza Hans Lindahl cuando señala “...sería falaz sostener que, además de sus funciones «instrumental» y de «garantía», el derecho posee una función «simbólica». El derecho sólo desenvuelve una función, no tres. Las funciones instrumental y de garantía del derecho son modalidades del «trabajo del símbolo» inherente al derecho mismo: aproximación y distanciamiento” (1992: 68)<sup>101</sup>. Lindahl confunde dos niveles diferentes de análisis, mezclando consideraciones del fenómeno jurídico efectuadas, o que al menos, según se ha establecido antes, debieran ser efectuadas desde disciplinas distintas. Decir “el Derecho mismo es esencialmente simbólico” – como hace Lindahl basándose en Cassirer (1996: 68)-, supone un aproximación desde la Filosofía Jurídica, y se explica porque está poniendo al Derecho en relación con una realidad exterior que no es producto del hombre. Decir en cambio: *el Derecho desempeña o puede desempeñar una función simbólica*, es una afirmación que -como se ha sostenido, deben ser tratadas las funciones del Derecho- corresponde a un aproximamiento desde el ámbito de la Sociología Jurídica. Cuando hablamos de *las funciones del Derecho*, no estamos utilizando el término *función* en su sentido *matemático relacional* –que es a partir del cual Cassirer construye su teoría-, sino que nos estamos refiriendo a las tareas que el Derecho, sus normas e

---

<sup>101</sup> En todo caso, se debe tener presente que el tema de Lindahl no es precisamente el de las funciones del Derecho, sino que su objeto es el régimen simbólico del poder político en la democracia, explicando a través de Cassirer y Kelsen la desubstancialización del término “pueblo”. En este contexto es que expresa la cita incluida en el cuerpo del trabajo, lo que no obsta al valor de la crítica que se le hace, por la confusión de perspectivas que arriba se explica.

instituciones desempeñan, a los trabajos que realizan, a qué es lo que hace en una organización social determinada, cómo lo hace, mediante qué instrumentos y a qué tipo de dinámicas responde. Indagamos acerca de las maneras en que el Derecho incide en la sociedad y no acerca de si en sus fundamentos últimos distinguimos una *sustancia* o una *función*. Si se quisiera tomar el concepto de *símbolo* de Cassirer para el ámbito jurídico, en el sentido en que él lo trata, solamente podríamos decir a partir de él que el Derecho no reproduce ninguna conexión inherente a las cosas mismas, sino que es un producto del colocar cosas en relación, entendiendo que esas cosas no son sino también el resultado de una puesta en relación. Es decir, estaríamos haciendo primar la función por sobre la substancia. Cuando, en cambio, aquí señalamos que el Derecho desempeña una *función simbólica*, se está aludiendo a una de las tareas que desempeña en tanto fenómeno normativo en la vida social, no se está abordando al Derecho en relación a la verdad que éste detenta frente a una realidad externa no mediada, sino por el contrario, nos situamos precisamente en ese mundo construido, mediado, del que un Derecho hace parte en tanto producto de una cultura humana particular. Y finalmente, otra cosa distinta es asumir, como hace la Ciencia Jurídica Positivista, que el Derecho deba explicarse únicamente a partir de conceptos funcionales, pues ese enfoque es diametralmente distinto al socio-jurídico -que es el ámbito desde donde buscamos explicar las funciones del Derecho-, el cual necesariamente incorpora dentro de su campo de análisis, precisamente, a quienes se relacionan con el Derecho, se lo explican, lo explican y lo tratan, bajo la creencia de que constituye un universo de conceptos funcionales totalmente desligados de la realidad social en que se desenvuelve.

El análisis de las ideas de Cassirer nos ha permitido, además de situar al Derecho como un producto cultural, salvar la crítica que podría haberse formulado al concepto de *función simbólica del Derecho* si se asumiera sin reparos la idea cassireana de función para explicar las funciones del Derecho –como hace Lindahl-. En relación específica al objeto de este apartado, al diferenciar el *símbolo* del *signo* y ubicarlo como una mediación relativa al ámbito del sentido y no el físico, nos permite ir delimitando ya el campo de lo simbólico, pues es posible advertir que la *función simbólica* es una tarea que el Derecho desempeña y que se encuentra relacionada con la producción o mantención de determinados sentidos, ciertas creencias, con aquello que el *discurso jurídico* evoca en los ciudadanos. De este modo, comienza a aparecer también una cierta vinculación entre la *función simbólica del Derecho* con la cuestión de la *legitimidad*, en tanto creencia depositada en el *discurso jurídico estatal*.

Pero evidentemente, eso no basta para delimitar la cuestión simbólica. Algunas explicaciones de Todorov, relativas a la distinción entre *discurso* y *lengua*, nos permitirán seguir perfilando el ámbito al que hacemos referencia con lo simbólico. El discurso –señala Todorov- es una manifestación concreta de la lengua, que necesariamente se produce en un contexto particular en el cual intervienen no sólo elementos lingüísticos sino también las circunstancias de su producción: interlocutores, tiempo, lugar y las relaciones que existen entre estos elementos extralingüísticos (1991: 9). Para la lengua o frase resulta más adecuado hablar de *significación*, mientras que para el discurso o enunciado –señala Todorov, siguiendo a Bazée- es más apropiado hablar de *sentido*<sup>102</sup>. Al convertirse en el sentido del enunciado, la significación de la frase sufre un doble proceso de determinación: pierde respecto a su ambigüedad, y sus referencias se particularizan respecto al contexto. Para explicarlo resulta útil mencionar el tantas veces citado ejemplo que propone Todorov: la *significación* que en la lengua tiene la frase “Juan estará aquí dentro de dos horas”, resulta comprensible para cualquier hispanohablante y puede ser traducida a otras lenguas sin necesidad de añadir ninguna información suplementaria. Pero cuando esa frase se convierte en un enunciado “...ella pasa a referirse a una persona, a un tiempo, a un lugar, que pueden no ser los mismos cuando sea otra la enunciación de la misma frase”. Por ejemplo, formulando el mismo enunciado se puede estar transmitiendo una información completamente diferente: “Para ese momento debemos haber abandonado ese lugar” (1991: 10-11).

Cuando las palabras y las proposiciones se insertan en un discurso –señala Todorov- adquieren un sentido más particular que aquel que tienen en la lengua (1991: 10). En los discursos es posible encontrar dos o más sentidos distintos: por un lado, el sentido propio expresado por el discurso, *sentido directo*, y por otro, un sentido sugerido –el segundo del ejemplo- que se injerta al primero y que Todorov denomina *sentido indirecto*. Al campo de los sentidos indirectos el autor lo denomina *simbolismo lingüístico*. Lo simbólico, entonces, pertenece al ámbito del sentido indirecto, al sentido sugerido, que no por el calificativo de indirecto debe caerse en el error de situarlo como una cuestión marginal o incidental. “La producción indirecta del sentido –dice Todorov- está presente en todos los discursos, y es probable que domine enteramente algunos de estos, y no los menos importantes, tal como la conversación cotidiana o la literatura” (1991: 12). El carácter *indirecto* viene dado, más que por una eventual marginalidad del fenómeno, por el orden en que aparecería ese sentido, por *su*

---

<sup>102</sup> Téngase presente que Todorov opone los términos *palabras* y *frases* al término *enunciados* (1991: 11)

*temporalidad*, ya que el sentido indirecto siempre se injerta al sentido directo, el cual aparecería primero como sentido propio del discurso. Esta característica, sumada a las de *dimensiones lingüísticas* –el sentido directo emana de las palabras mientras que el indirecto puede nacer de un sonido, una frase o una obra entera- y a la del *número de sentidos* –lo expresado es unívoco y lo sugerido puede ser plurívoco-, son para Todorov las principales características del proceso simbólico, aunque es claro en insistir en el carácter temporal, y afirma “...la posterioridad de lo simbólico equivale a definirlo como lo indirecto” (1991: 13). Pero además, lo simbólico se encontraría en una relación solidaria con la *interpretación* y no serían más que dos vertientes de un mismo fenómeno: producción y recepción. “Un texto, o un discurso –señala-, se hace simbólico desde el momento en que mediante un trabajo de interpretación le descubrimos un sentido indirecto” (1991: 19)<sup>103</sup>

Para García Villegas, el sentido indirecto no puede ser, por sí solo, lo característico del símbolo, pues se encuentra igualmente presente en algunas figuras retóricas que no constituyen símbolos –como la metáfora-<sup>104</sup>. Para completar la delimitación del ámbito simbólico señala entonces que otro aspecto característico del símbolo es la *vaguedad en su contenido*; el símbolo implica una alusión vaga a uno o varios contenidos sin que quede fijado de manera definitiva uno de ellos. El símbolo tiene capacidad para sugerir, despierta interpretaciones que no aparecen en el significado literal de las palabras y no por ello pierde su sentido literal y coherencia semántica –a diferencia de lo que sucedería en una interpretación literal de la metáfora- (García Villegas, 1993: 36)<sup>105</sup>. Pero finalmente, reconociéndole importancia a ambas cuestiones -sentido indirecto y vaguedad-, García concluye que “si bien el concepto de sentido indirecto es insuficiente para proporcionar una definición estricta de lo simbólico, no es de ninguna manera ajeno a esta definición (...) vaguedad y sentido indirecto suelen combinarse en la estrategia simbólica” (2013: 43)

De esta manera, es posible concluir que lo simbólico remite a una relación de sentido, y se caracteriza por evocar o sugerir indirectamente y de forma vaga ciertos contenidos cuya determinación final viene dada por una tarea de interpretación. El símbolo es una mediación que permite a un intérprete tomar en cuenta, representarse, algo que es evocado o sugerido

---

<sup>103</sup> En el ámbito penal, específicamente a propósito de la función de la pena, Terradillos da un concepto de símbolo que calza bastante con las ideas de Todorov. Señala que el símbolo es “... el término signifiante que, caracterizado por una estructura de doble significación, añade un plus al significado literal inicial.” (Terradillos, 1995: 12)

<sup>104</sup> García Villegas desarrolla estas ideas basándose en el trabajo del semiólogo Umberto Eco.

<sup>105</sup> Por eso, señala García, Eco ubica el campo simbólico, más que como una producción de significados, como una modalidad de la interpretación textual (García, 1993: 35)



indirectamente y de manera vaga junto a otros posibles sentidos, de los cuales el intérprete termina considerando o fijando alguno en virtud de un proceso de interpretación en el que están implicados elementos lingüísticos y extralingüísticos, tales como las circunstancias de tiempo, lugar, el capital cultural y social del receptor y emisor, etc. pero sobre todo -en relación a la función simbólica-, el capital simbólico reconocido-desconocido a la instancia o agente emisor<sup>106</sup>. El sentido que se determine en este proceso constituirá y construirá para el sujeto una realidad con la misma firmeza que aquella que cree le brindan el tacto, el olfato, la visión, etc.

Nuestro objetivo apuntaría entonces a ver en qué medida el Derecho estatal participa de esa construcción en tanto discurso reconocido como legítimo, desconocido en su arbitrariedad, que evoca ciertas ideas de neutralidad, universalidad y representatividad que se injertan al sentido propio del discurso. ¿Cuánto del contenido de cualquier discurso jurídico *sólo* tiene por objeto la exaltación de esas representaciones? ¿En qué medida ellas mismas pueden constituir un eficiente paraguas para que el Derecho desempeñe otras funciones latentes? ¿Cuán necesarias son para que puedan operar precisamente las otras funciones del Derecho? A preguntas de este tipo es que busca dar respuesta el desarrollo de conceptos y la determinación de un método que se inicia en este trabajo. En definitiva, interesa explorar cuánto de apropiación de este poder comprendido en la función simbólica, y con qué fines, admite el discurso jurídico y los instrumentos que pertenecen a su ámbito.

Después de estas breves explicaciones, y sólo a modo de ejemplo, podemos retomar la llamada *ideología del interés general*, y aparecerá con extrema claridad su carácter simbólico, pues ella es precisamente caracterizada como el arquetipo de una *noción pantalla* cuya eficacia ideológica arranca sobre todo de su *imprecisión conceptual*. No se presenta con un contenido intrínseco sino de manera *puramente formal* “procede por postulados y afirmaciones tautológicas que se remiten una a otra, se duplican y se repiten” (Chevallier y Loschak, 1986: 318-319). Es su *falta de firmeza y uniformidad en las ideas que evoca, la extraordinaria movilidad del sentido de sus palabras*, lo que constituye su ventaja y lo que le permite articular y determinar prácticas sociales (García Villegas, 1993: 101).

---

<sup>106</sup> Para una explicación de estos términos, véase de este trabajo La teoría de los campos jurídicos de Pierre Bourdieu.

### **3) LA FUNCIÓN SIMBÓLICA DEL DERECHO**

#### **A) Un concepto de función simbólica del Derecho**

El estudio de la función simbólica del Derecho supone un enfoque particular: entender que éste no incide en la sociedad únicamente mediante la ejecución o implementación efectiva del contenido de sus normas -lo que prohíbe, manda, permite-, sino también, a través de la producción de ciertas representaciones en sus destinatarios. Es decir, la fuerza reguladora del derecho no arranca exclusivamente de la implementación efectiva de sus contenidos normativos; los símbolos que éste evoca, desde el momento mismo de su publicación, poseen también una fuerza vinculadora, tanto en los operadores como en los imperados. Así, el Derecho puede incidir en la sociedad aun antes y con independencia de la implementación de sus normas, cuestión que se explica por las ideas que éste suscita, las creencias, representaciones o imágenes asociadas al discurso jurídico, el prestigio del que está imbuido, los sentimientos incluso que es capaz de despertar en los destinatarios y operadores jurídicos. Al hablar de la función simbólica se está diciendo que el Derecho tiene la aptitud de movilizar a los ciudadanos en beneficio de una idea o imagen; él "...no siempre funciona a través de la fuerza impositiva o facultativa de sus contenidos sobre la conducta de los ciudadanos, también lo hace a través de las fuerzas legitimadoras de sus formas y contenidos sobre las representaciones de los ciudadanos." (García Villegas, 1993: 3).

Esto se aprecia fácilmente en la función de legitimación del poder social; si tiene la aptitud para desempeñar esa tarea, es porque el Derecho constituye una especie de símbolo que recaba un cierto consenso en la realidad social. Ferrari destaca perfectamente este elemento simbólico presente en la función legitimadora del Derecho: "La correspondencia entre el comportamiento y el modelo normativo que exhibe el autor con fines de autolegitimación es siempre, naturalmente, un hecho simbólico. La norma jurídica es un símbolo en sí (...) A su vez, la representación que ofrece el actor de su propio comportamiento, medida por el lenguaje escrito u oral o bien por otros instrumentos de comunicación, es el resultado de un proceso de abstracción de naturaleza igualmente simbólica. Y si el actor triunfa en su intento autolegitimador genera en el auditorio una <<creencia>> -como dice Weber- que representa en sí el fruto de un proceso selectivo y de una positiva valoración de los símbolos por los que está unido el propio auditorio." (1989: 210-211).

Pero esta tarea consistente en transmisión o evocación de creencias, sentimientos o representaciones, no debe entenderse reducida a la cuestión de la legitimación. No cabe duda,

según se ha anticipado, de que se trata de cuestiones estrechamente relacionadas, pero la función simbólica no se agota en la función legitimadora ni son sinónimas; o en otras palabras, el carácter instrumental que tiene el Derecho en tanto símbolo no se reduce exclusivamente a cuestiones legitimatorias. Recordando lo tratado en el primer capítulo, es posible decir que esta aptitud del Derecho para movilizar por medio de la representación puede estar orientada a diversos fines, y legitimar puede ser uno de ellos.

Para una explicación que permitirá ir estableciendo diferencias y relaciones entre diversos conceptos, consideremos el modelo teórico de clasificación de la *eficacia simbólica* del Derecho propuesto por García Villegas en la segunda edición de su libro *La eficacia simbólica*. Aunque analíticamente puede distinguirse entre eficacia, uso y función simbólica – como haremos en un siguiente apartado –, podemos por ahora considerar este modelo a fin, primero, de no identificar como sinónimos la función simbólica y la de legitimación. Para García Villegas –quien no distingue entre función, uso y eficacia– la eficacia simbólica puede, teóricamente, ser clasificada en dos tipos distintos según la instancia en que sus efectos simbólicos se originan: a) eficacia simbólica originaria, caracterizada porque las normas fueron precisamente concebidas desde su nacimiento para tener efectos simbólicos; y b) eficacia simbólica derivada, que alude al caso en que las normas sí nacen destinadas a cumplir con objetivos instrumentales, pero es durante el proceso de aplicación o interpretación de la norma donde ésta adquiere otros objetivos no declarados originariamente. Dentro del primer tipo –la originaria– se distinguen al menos seis objetivos diversos que pueden ser buscados a través de este tipo de eficacia simbólica: 1) reificar la realidad social, 2) deslegitimar a un actor social, 3) consagrar un valor o un deber, 4) diferir una decisión, 5) esconder otro propósito distinto, 6) figurar un valor, un principio o una realidad. Esta útil clasificación para lo que aquí trataremos como *uso simbólico* nos demuestra que la faz legitimadora o deslegitimadora –que también puede estar presente en el segundo tipo de eficacia simbólica, la derivada– es sólo uno de los diferentes fines a que puede ser empleada la función simbólica del Derecho.

Pero advertimos también que la *legitimidad*, en sentido weberiano de creencia empírica, opera como un *presupuesto* de la *función simbólica*, es decir, el Derecho puede desempeñar una tarea consistente en inculcar o transmitir ciertas imágenes o representaciones porque es considerado legítimo, porque evoca una idea de legítimo en la sociedad, y esa creencia es a su vez políticamente construida, entre otros elementos, por el mismo Derecho. Así entonces, la legitimación, entendida meramente como proceso por el que se legitima –y no en los términos

de Garzón Valdés a lo que ya se ha hecho mención antes- llevada a cabo a través del discurso jurídico legal, se realiza por medio de la *función simbólica del Derecho*, que opera sobre una cierta consideración de legítimo de ese discurso. De este modo, es posible ir distinguiendo que la *función simbólica* puede ser *usada* con fines de legitimar o deslegitimar actores, conductas, valores, etc., y opera sobre la base de una cierta *eficacia simbólica* del discurso jurídico, es decir, sobre la base de una creencia inculcada en la sociedad en relación a una supuesta neutralidad, universalidad, y representatividad atribuida al Derecho estatal. Esta creencia no es una mera cuestión de ideas, de representaciones, sino que se encuentra profundamente arraigada en los sujetos que operan con el Derecho y los imperados por el mismo, constituyen *creencias* en el sentido profundo de la palabra, categorías desde las cuales se aprecia la realidad: *habitus*. Que puede tratarse de una creencia errada, de una falsa conciencia que oculta otras realidades, nos anticipa la relación que esos temas guardan con el de la *ideología*, entendida en su acepción marxiana originaria, esto es, como una forma particular de conciencia que provee un cuadro inadecuado o distorsionado de las contradicciones, sea ignorándolas o mal representándolas (Larraín, 2012: 72).

La legitimidad es una relación políticamente construida, no un acto de conciencia libre como lo trata Weber (Bourdieu, 1997: 120), ni tampoco una cierta concordancia con principios morales universales, como es tratada por Garzón Valdés, pues el enfoque weberiano precisamente tiene por virtud esa desacralización de la legitimidad<sup>107</sup> (Serrano, 1994: 7). Para Bourdieu, la legitimidad se explica por la consonancia que existe entre las estructuras de apreciación incorporadas durante la socialización, que se han vuelto inconscientes, y las estructuras objetivas. En esa construcción de la relación política que es la legitimidad, el Derecho estatal -se sostiene aquí- participa a través de su *función simbólica*, materializada en mecanismo como la invocación del interés general, la ficción del contrato social, ideas como seguridad nacional, creando enemigos internos como terroristas, etc.

En un intento de continuar con el cariz más analítico del trabajo y valiéndonos del concepto de *función* dado en el primer capítulo, podemos intentar una definición de la *Función Simbólica del Derecho* y conceptualizarla *como aquella tarea desempeñada por éste en un*

---

<sup>107</sup> Esto no quiere decir que aquí se acepte que el Derecho pueda ser empleado para cualquier fin en la medida en que recaba la creencia mayoritaria en la legalidad. En tanto producto humano está siempre necesariamente íntimamente ligado a éste, y de este hecho no podemos prescindir en la explicación del fenómeno jurídico. Esta es otra razón por la que la perspectiva de Francisco Varela podría permitirnos complementar el marco, pero esto deberá ser investigado en otro lugar. No obstante, algunas referencias a su obra han y seguirán apareciendo a lo largo de estas páginas.

*contexto determinado y que consiste en la trasmisión o evocación de ciertas imágenes, ideas, sentimientos o representaciones en los destinatarios, por medio del lenguaje o discurso jurídico, y aun con independencia de la eficacia instrumental de éste.*

El Derecho presenta más utilidades que aquella referida únicamente a la transmisión de un deber ser social. En tanto discurso, participa también del ámbito simbólico, ordenando, formando e informando, no sólo mediante el sentido expreso de sus textos, sino también por su propia producción y consumo (García Villegas, 1993: 85). Martínez García destaca cómo los discursos son productores de realidad y a través de un conjunto de enunciados se erigen en instancias fundadoras de universos significativos (1992: 72). Desde este punto de vista, la producción jurídica puede ser vista tanto como instrumentos prácticos dirigidos a la acción, pero también, como símbolos dirigidos a la representación, y en este último caso, su fuerza reguladora arranca del “... impacto que produce su condición de discurso propio de las instituciones político-jurídicas, discurso con capacidad para establecer la diferencia entre lo lícito y lo ilícito, lo justo o lo injusto, lo verdadero y lo falso” (García, 1993: 89). Bourdieu se refiere a esto como el poder de nominación: los enunciados jurídicos –sostiene- son verdaderos enunciados performativos “...actos mágicos que triunfan porque son capaces de hacerse reconocer universalmente, y por tanto conseguir que nadie pueda rechazar o ignorar el punto de vista, la visión, que ellos imponen”.

El Estado garantiza el orden establecido consagrando, a través del Derecho, una visión de ese orden (Bourdieu, 2000b: 201). Añade Bourdieu que no sería exagerado decir que el Derecho *hace* al mundo social, pero reconociendo a la vez que él está hecho por ese mundo (estructura estructurada y estructurante). A partir de su poder simbólico de nominación, el derecho crea las cosas nombradas y construye realidades sociales. Bourdieu llega a hablar de la construcción estatal de las mentalidades (1997: 115), en referencia a la contribución del Estado a la constitución de los principios de constitución que los agente ponen en marcha al producir el orden social (1997:116). El Estado –señala-, en tanto “...estructura organizativa e instancia reguladora de las prácticas, ejerce permanentemente una acción formadora de disposiciones duraderas, a través de todas las coerciones y de las disciplinas corporales y mentales que impone uniformemente al conjunto de los agentes.” (1997: 117)

Son estas estructuras cognitivas duraderas históricamente constituidas, incorporadas en el habitus de los agentes, lo que explica la sumisión al orden estatal. Pero no deben entenderse como formas de conciencia, sino como disposiciones del cuerpo; no se trata de una sumisión

mecánica o un consentimiento prestado al orden, sino de disposiciones profundamente arraigadas que no pasan por la vía de la conciencia o del cálculo. El mundo social –señala Bourdieu- está lleno de llamadas al orden que sólo funcionan como tales para aquellos que están predispuestos a percibirlos: “La sumisión al orden establecido es fruto del acuerdo entre las estructuras cognitivas que la historia colectiva (filogénesis) e individual (ontogénesis) ha inscrito en los cuerpos y en las estructuras objetivas del mundo al que se aplican: la evidencia de los imperativos del Estado sólo se impone con tanta fuerza porque éste ha impuesto las estructuras cognitivas según las cuales es percibido.” (1997: 118)

El Derecho ocupa un lugar preponderante en el universo simbólico, entendido como proponen Berger y Luckmann, es decir, como “...la matriz de todos los significados objetivados socialmente y subjetivamente reales (1997: 25)”. Los procesos simbólicos –señalan los autores- son procesos de significación que se refieren a realidades que no son de la experiencia cotidiana, sino que se refieren ya a objetivaciones de sentido. La esfera simbólica se relaciona con el nivel más amplio de legitimación, que se produce “por medio de totalidades simbólicas que no pueden de ningún modo experimentarse en la vida cotidiana, exceptuando, por supuesto, lo que podríamos llamar “experiencia teórica”...” (1997: 124-125). Es decir, aquí estamos sosteniendo que el Derecho estatal tiene pretensiones de actuar como un marco de referencia general, donde todos los sectores del orden institucional se integran y en el que es posible concebir como que toda la experiencia humana se desarrollara dentro de él (1997: 125); en otras palabras, que el discurso jurídico estatal, mediante diversos mecanismos, algunos posibilitados por la *función simbólica*, aporta el orden para la aprehensión subjetiva de la experiencia biográfica (1997: 127). Éste parece un marco adecuado para explicar por qué, por ejemplo, comunidades indígenas que reconocen como enemigo al Estado, adoptan sin mayores reservas expresiones relativas a Derechos Humanos, a Consulta Indígena, reclaman su reconocimiento constitucional, etc. No debe caerse por esto en una especie de juridicismo y pretender explicar toda la realidad desde la perspectiva de la influencia del Derecho, sólo se sostiene que debe considerarse al Derecho más allá de la mera implementación de los contenidos normativos, e indagar también acerca de cómo el discurso jurídico constituye personas y la permea con sus categorías, que incorporadas actúan de manera estructurante respecto de sus necesidades, de la manera de concebir y tratar el conflicto, de las formas de relación con el entorno, etc.

**B) El lugar de la función simbólica en la clasificación de las funciones de Joseph Raz:** Para entender la función simbólica resulta útil recurrir a las explicaciones que da Raz sobre las funciones generales del Derecho. El de Raz, es un intento por ofrecer una clasificación general de las funciones que el Derecho realiza en la sociedad y que sea útil para los análisis emprendidos tanto por filósofos, sociólogos, juristas y politólogos (1985: 2010), incluso con fines reformadores, pero que no esté vinculada a alguno de estos puntos de vista en particular (1985: 211).

Para Raz, las funciones son *consecuencias sociales del Derecho, intentadas o efectivas* (1985: 209), y se clasifican en *directas* o *indirectas*. Las *funciones directas* “...son aquellas cuya realización se encuentra asegurada al obedecer y aplicar el derecho” (1985: 212). Pueden ser divididas a su vez en *funciones primarias* y *secundarias*. Las primeras, afectan a la población en general y en ellas se encuentra la razón y justificación de la existencia del Derecho. La categoría de *funciones directas primarias* agrupa cuatro funciones distintas: a) prevención de comportamientos indeseables y obtención de comportamientos deseables, b) proveimiento de medios para la celebración de acuerdos privados entre individuos, c) proveimiento de servicios y redistribución de bienes, y d) resolución de disputas no reguladas (1985: 213-220). Las *funciones directas secundarias* se relacionan con el mantenimiento y funcionamiento del propio sistema; éstas comprenden dos funciones: a) la determinación de los procedimientos para cambiar el derecho, y b) la regulación del funcionamiento de los órganos encargados de la aplicación del derecho (1985: 221-222).

Las *funciones indirectas* son “...aquellas cuya realización consiste en actitudes, sentimientos, opiniones y formas de comportamiento; no constituyen obediencia o aplicación de disposiciones jurídicas, sino que resultan del conocimiento de la existencia de las disposiciones jurídicas o de la conformidad a ellas o de su aplicación”. En ocasiones, la realización de estas funciones resulta de la interacción de las normas jurídicas con otros factores, tales como las actitudes de las gentes hacia el derecho y la existencia, en la sociedad respectiva, de otras normas e instituciones sociales. El cumplimiento de estas funciones exige más que la mera conformidad al Derecho, como ocurre en el caso de las directas (1985: 212-213). En este tipo de funciones se agrupan, por ejemplo, cuestiones que contribuyan o debiliten el respeto a valores morales, a la autoridad, a los sentimientos de unidad nacional o enajenación, etc.

Como se ve, lo que Raz denomina funciones indirectas busca resaltar un aspecto involucrado en la realidad social del Derecho y al que Hart de cierta manera también apunta cuando habla del *punto de vista interno*<sup>108</sup>. Antes de poner en relación la clasificación de Raz con la función simbólica y la latente destacada en el primer capítulo, permítaseme un breve paréntesis y exponer esto del punto de vista interno hartiano, tanto para explicar y justificar la relación que tiene con Raz, también porque ya ha sido mencionado antes en relación a la clasificación de Garzón Valdés, y por último, también porque la perspectiva sociológica de Derecho que se ha adoptado trata de comprender la explicación del fenómeno incluyendo tanto el punto de vista interno como externo destacados por Hart.<sup>109</sup>

Por *punto de vista externo* puede entenderse la consideración del fenómeno jurídico desde la posición de un mero observador no implicado en el imperio del Derecho. Asumida rígidamente esta posición, sólo podrían describirse las regularidades de conducta observables en que parcialmente consisten las reglas, y otras regularidades adicionales constituidas por las reacciones hostiles, reproches o castigos ante la desviación de las primeras. En base a las regularidades de conducta observadas, y correlacionando las reacciones hostiles y la desviación de las regularidades de conducta, el observador podría predecir, calculando las probabilidades, que la desviación de la conducta normal del grupo dará lugar a una reacción hostil, pero sus observaciones serán siempre en estos términos: regularidades, predicciones, probabilidades y signos. “Su visión del problema –señala Hart- será como la de aquel que habiendo observado durante algún tiempo el funcionamiento de una señal de tránsito en una calle de movimiento intenso, se limita a decir que cuando se enciende la luz roja hay una alta probabilidad de que el tránsito se detenga. El ve en la señal luminosa un simple *signo* natural *de que* la gente se comportará de cierta manera, tal como las nubes son un *signo de que* lloverá” (2007: 112)

El *punto de vista interno*, en cambio, describe la perspectiva del sujeto que acepta las reglas y las usa como guías de conducta. Centrándose en el sólo punto de vista externo, el

---

<sup>108</sup> Y la distinción entre funciones directas primarias y secundarias también se relacionan con la clasificación de Hart entre normas primarias y normas secundarias

<sup>109</sup> Se debe tener presente que Hart, a lo largo de su libro *El concepto de Derecho*, utiliza la idea del punto de vista externo e interno en distintos momentos. Las explicaciones que se realizan en este trabajo se basan principalmente en el pasaje en que el autor, mediante estas ideas, intenta criticar y demostrar las limitaciones de la teoría sostenida por algunos autores –entre los que sitúa a Austin- que explican la noción de obligación en términos de probabilidad o riesgo. En términos genéricos, dicha teoría consiste en describir la obligación no como enunciados psicológicos, sino como predicciones o cálculos de riesgos de recibir un castigo o verse expuestos a un mal. Se busca utilizar únicamente los términos claros, rigurosos y empíricos de las ciencias, prescindiendo de hechos subjetivos a los que refieren palabras como creencia, temores y motivos (en relación a la teoría del derecho como órdenes coercitivos a la que hace frente la teoría de la predicción). De esta manera, los enunciados de obligación son tratados como predicciones o cálculos de riesgos y no como enunciado psicológicos (Hart, 2007: 104-113).



observador “...no verá toda una dimensión de la vida social de aquellos a quienes observa, ya que para estos la luz roja no es un mero signo de que los otros se detendrán: los miembros del grupo ven en la luz roja una *señal* para que ellos se detengan, y por ello, una razón para detenerse en conformidad con las reglas que hacen que el detenerse cuando se enciende la luz roja sea una pauta o criterio de conducta y una obligación” (2007: 112). El *punto de vista interno* explica la manera en que el grupo contempla su propia actitud. Para ellos, la vulneración de una regla no es sólo la base para la predicción de una reacción hostil, sino más que eso, la *razón* para esa hostilidad (2007: 113). El punto de vista externo no puede reproducir la manera en que las reglas funcionan para quienes normalmente –afirma Hart- constituyen la mayoría de la sociedad: funcionarios, abogados, o particulares que las usan, en situación tras situación, como guías para conducir la vida social, como fundamento para reclamaciones, demandas, reconocimientos, críticas o castigos...” (2007: 112-113).

Intentando diferenciar las reglas sociales de los meros hábitos sociales generales, Hart señala que ambos en su aspecto externo comparten el ser conductas regulares uniformes, pero difieren en un aspecto interno que es propio de las primeras. Recurriendo a una analogía con el juego, el autor afirma que las reglas –el Derecho para nosotros, sin pretender asimilarlo a toda regla social- funciona para los jugadores como un criterio o pauta para todo aquel que practique el juego; los jugadores –los actores sociales- observan una actitud crítica reflexiva en relación con el patrón de conducta que contiene el Derecho. “Cada jugador –dice Hart en relación a la analogía con el ajedrez- no sólo mueve la reina de cierta manera, sino que tiene opinión formada sobre la corrección de todos los que mueven la reina de esa manera. Esta opinión se manifiesta en la crítica y en las exigencias hechas a los otros frente a la desviación presente o amenazada, y en el reconocimiento de la legitimidad de tal crítica y de tales exigencias cuando los otros no las formulan.” (2007:71). No se trata de una mera cuestión de sentimientos de compulsión, sino de que existe una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamientos que operan como pautas o criterios de conducta comunes. Esta actitud frente al Derecho se despliega en forma de crítica, que incluye la autocrítica, en exigencias de conformidad, y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas (2007: 71-72).

El derecho opera en la vida social pues existe una aceptación general de los códigos jurídicos, que no se manifiesta exclusivamente en la uniformidad de conductas externamente apreciables –lo que daría cuenta del apego al modelo de conducta contenido en las normas-,

sino también, en que esas pautas de conducta son apreciadas, consideradas, como obligatorias, correctas o debidas. Este hecho explica precisamente la observancia de los contenidos normativos y funda, tanto los juicios del recto obrar, como las críticas y sanciones ante un mal obrar. Cuando decimos aquí que el Derecho será considerado sociológicamente, se pretende que las explicaciones sean formuladas considerando tanto el punto de vista externo como el interno.

Las funciones indirectas de las que habla Raz, apuntan a complementar las funciones generales del Derecho con todo el ámbito de cuestiones comprendidas en el punto de vista interno destacado por Hart. Si retomamos la clasificación de Raz y la ponemos en relación con nuestro tema, aparece que *la función simbólica del Derecho* cuadra dentro de lo que Raz denomina *funciones indirectas*. En efecto, en ocasiones, la producción jurídica está destinada única y exclusivamente a actuar a nivel representacional de los destinatarios del mensaje jurídico, y su realización es independiente del cumplimiento o realización de las funciones manifiestas; *la mera generación de expectativas puede aparecer como el objeto de la dictación de normas, tornándose entonces importante considerar el fenómeno jurídico desde una perspectiva más comunicacional, pragmática, y menos dogmática.*

Como se puede ver, *función simbólica, función indirecta y función latente*, son términos que se encuentran estrechamente relacionados. Se trata de una relación que no sólo es conceptual, sino que también, no siempre, empírica. Al consistir -su realización- en la transmisión de creencia, opiniones, imágenes, representaciones, etc., la función simbólica opera siempre en el ámbito de los que Raz denomina funciones indirectas; incluso en aquellos casos en los que se trata de normas con objetivos instrumentales claros y en que las representaciones en el cuerpo social dependen de la aplicación efectiva de los contenidos de esas normas. Esto puede apreciarse claramente en los casos de normas penales que han sido concebidas bajo lo que suele denominarse como *penas ejemplares*. Aunque es posible advertir desde su sola dictación la función simbólica, cuando son aplicadas a un caso concreto pueden examinarse igualmente los efectos que a nivel representacional generan en la sociedad; se trata de los llamados, por la doctrina penal, *finés preventivos generales y especiales de la pena*<sup>110</sup>. La

---

<sup>110</sup> Teniendo presente que en materia penal suele hablarse indistintamente de funciones y fines de la pena, puede decirse que la doctrina de la *prevención general* como función de la pena, que fue propuesta originalmente por Feuerbach, se caracteriza por ver a la pena como un mecanismo de intimidación sobre los ciudadanos a fin de que estos se vean inhibidos de lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos. Es por esto que se le denominó teoría de la *prevención general negativa*, frente a otra postura más moderna que se ha calificado como *teoría prevención general positiva*, defendida entre otros por Günter Jakobs (2006), que entiende como fin de la pena una supuesta

función simbólica que puede apreciarse tanto en la creación de las normas como en su aplicación ejemplar, no consiste propiamente en el cumplimiento de la norma, sino en las imágenes que el Derecho transmite desde su creación y hasta en su aplicación, sólo que en este último caso, para que opere la función simbólica, es necesario que la norma tenga eficacia instrumental, es decir, que sea efectivamente aplicada.

Pero la *función simbólica* no siempre consiste en una *función latente*. Es normal encontrar normas cuyos contenidos declarados consisten en aspectos simbólicos. Son normas que persiguen fines simbólicos expresos o instrumentales y para cuyo éxito es necesario que opere la función simbólica a su respecto. Piénsese por ejemplo en la normas que confieren honores a determinadas personas, en el primer caso, y las que decretan días de duelo nacional o funerales de Estado, en el segundo. En esta misma situación podemos ubicar a todas aquellas normas que declaran determinados valores como fundamentales en la organización social. Los efectos simbólicos no aparecen en estos casos como no queridos o desconocidos, que es lo que caracteriza a las *funciones latentes*. No obstante, es verdad que la *función simbólica* suele encontrarse más como una *función latente*, y esto ocurre fundamentalmente en normas que aparentan una exclusiva *función instrumental*; se trata de una relación preferente, pero no necesaria. Las funciones latentes pueden ser igualmente instrumentales. Raz -sin distinguir entre funciones latentes, indirectas ni simbólicas- da un ejemplo en el que puede apreciarse este carácter instrumental que pueden tener las funciones latentes: pensemos en la excepción de conscripción para estudiantes universitarios establecida como medida para incrementar la matrícula en las universidades (1985: 222-223). Luego, *no toda función latente es simbólica, ni toda función simbólica opera siempre como latente*.

Las *funciones indirectas*, por su parte, suelen coincidir con las *funciones latentes*, en el sentido en que el reforzamiento de ciertos valores, el fomento al respeto por la autoridad, la exacerbación de sentimientos de unidad nacional, etc. no suelen aparecer como expresamente queridas o declaradas, sino como una suerte de efecto colateral que será ponderado como positivo o negativo según el fin que se defiende. Sin embargo, esta relación tampoco es necesaria. “El derecho –señala Raz- ayuda a crear y mantener la estratificación social, algunas ocasiones ayuda a crear un sentimiento de participación en el gobierno del país; en ocasiones

---

reafirmación de los individuos en la fidelidad hacia la norma que el delincuente ha quebrantado (2006). La *teoría de la prevención especial*, originalmente propuesta por Franz Von Liszt y que ven que el fin de la pena, en apartar al que ya ha delinquido de la comisión de futuros delitos, ya sea a través de su corrección o intimidación, o bien a través de su aseguramiento apartándolo de la vida social.

contribuye a crear un sentimiento de enajenación. Algunas disposiciones están creadas con la intención de tener efectos indirectos. Por ejemplo, el conferimiento de ciertos privilegios a ciertas clases de personas puede ser hecho con la intención de mejorar su *status*” (1985: 222). En este caso, la *función indirecta*, como podría ser el mantener o generar movilidad en la estratificación social, no opera bajo la forma de *función latente*, sino como una manifiesta.

Como podrá ya advertirse, el estudio de la *función simbólica, su uso y eficacia*, cobra importancia en países con sistemas políticos desarraigados socialmente, donde las demandas ciudadanas lejos de marcar las líneas por las cuales debe orientarse la acción política, son vistas como un escollo a superar -sea porque no coinciden con los lineamientos técnicos en los cuales se ha depositado absoluta confianza, o porque no resultan armónicas con la ideología sostenida por los gobernantes, o bien, porque esas demandas se oponen a intereses particulares, propios o ajenos, defendidos por los actores políticos-. En estos contextos, la producción normativa puede ser utilizada con el único objeto de reducirse a su promulgación, sin objetivos de implementación concretos, sino simplemente para responder a las demandas ciudadanas mediante la producción de normas que, cual placebo, permiten representar en los demandantes una idea de acogida de sus pretensiones. Mediante la promulgación de normas se hace pensar que la realidad ha cambiado por la sola circunstancia de consagrarse a nivel normativo dicho cambio. Así –sostiene García Villegas- la promulgación funciona como un canal de comunicación entre un sistema social productor de demandas y un sistema político llamado a dar respuesta a esas demandas (2013: 150). En estos casos, las funciones asignadas al Derecho pueden calificarse como funciones indirectas (en términos de Raz), pues su realización no resulta del cumplimiento u observancia del contenido normativo, sino que depende de actitudes, ideas o imágenes generadas en los destinatarios de las normas.

Los objetivos perseguidos con la producción normativa, muchas veces, no requieren la implementación de la norma, estos se satisfacen con su sola promulgación -e incluso, con el simple anuncio de que será creada-; son normas instrumentalmente ineficaces en relación a los objetivos que declara perseguir, mas no por ello inocuas. Su incidencia social se reduce al impacto simbólico que genera su dictación. La estrategia deliberada del creador de la norma es, estos casos, perseguir objetivos distintos de los declarados, mediante el poder simbólico del Derecho. “A través de este tipo de eficacia simbólica –señala García Villegas- los gobiernos reducen el impacto de las políticas públicas, implementadas a través del derecho, a la política

de impacto mediático, implementada a través de la publicidad del derecho” (1993: 151)<sup>111</sup>. Se trata entonces de un aprovechamiento, de un *uso*, de esta función simbólica que caracteriza al Derecho.

#### 4) DISTINCIÓN ENTRE FUNCIÓN SIMBÓLICA, USO SIMBÓLICO Y EFICACIA SIMBÓLICA DEL DERECHO

Como decíamos, siguiendo a García Villegas, la fuerza reguladora del Derecho puede arrancar tanto de la norma – de la capacidad impositiva de sus contenidos jurídicos- o de sus formalidades –de la capacidad vinculadora de sus formas rituales-, pero estos dos elementos no necesariamente se encuentran en una relación de complementariedad y unidad como supone un abordaje dogmático del Derecho. Así, las normas jurídicas pueden concebirse: a) como instrumentos prácticos dirigidos a la acción que producen un cierto estado de cosas como consecuencia de la implementación, observancia o cumplimiento de sus contenidos normativos –a esta situación García Villegas la denomina eficacia instrumental<sup>112</sup>-; pero también b) como símbolos dirigidos a la representación, y “aquí el texto jurídico, como el texto recitado por el chamán al curar a sus enfermos, crea una mediación puramente psicológica y construye la realidad que el mismo regula” (García Villegas, 1993: 89)<sup>113</sup>, no importa si se corresponde o no con la realidad, lo que importa es que la norma sea conocida, comprendida y aceptada por el destinatario -a esta situación García Villegas lo denomina eficacia simbólica-.

Como se anticipó, el funcionamiento del Derecho en la sociedad, sea en su faz instrumental o simbólica, supone una suerte de eficacia simbólica de todo el ordenamiento

---

<sup>111</sup> Vincenzo Ferrari advertía también cómo la producción jurídica podía abordarse, finalmente, como un problema de comunicación o propaganda. (1989: 199)

<sup>112</sup> La cuestión de la eficacia instrumental debe enmarcarse en un tema más amplio conocido como **puesta en obra**. García entiende por tal, *la sucesión de secuencias de acción social sobrevinientes luego de la adopción formal de la decisión normativa*. No se trata simplemente la proyección mecánica de los textos jurídicos a la realidad, pues el sentido de estos es siempre recreable en virtud de la movilidad de las palabras y los hechos puestos en relación. Esa tensión entre los textos y la realidad es la que haría posible la movilidad del sentido en la aplicación del Derecho. Bajo los estudios de la puesta en obra de las normas se realizan en realidad dos tipos diferentes de estudios. Por una parte, se estudian los mecanismos que debe utilizar el Estado para el mejor logro de sus propósitos (por ejemplo, creación de bienes y servicios, regulaciones o reglamentaciones, persuasión y propaganda, etc.). Por otro lado, lo que encontramos son estudios referidos al impacto de las normas, en los que se estudian las relaciones entre la conducta prevista en la norma y el comportamiento logrado. En esta segunda clase de estudios se han desarrollado dos modelos teóricos, el de la efectividad –o también llamado eficacia en sentido amplio- que se refiere a la consecución de la conducta prevista en la norma, sin que ello implique el logro de los objetivos también previstos; y el modelo de la eficacia en sentido estricto, que se presenta cuando una norma además de conseguir la adecuación de la conducta a la prevista, logra también la realización de los objetivos previstos (García, 1993: 97-100). Para el estudio de esto temas, una destacada guía en Hierro (2003: 70 y ss.)

<sup>113</sup> La referencia al rito chamánico viene de la obra de antropología estructural de Levi-Strauss, específicamente al capítulo denominado *La eficacia simbólica*. (Levi Strauss, 1995: 211 y ss).

jurídico, una aceptación o reconocimiento del sistema normativo en el conjunto de la sociedad. García Villegas habla en este caso de un *sentido genérico* de la eficacia simbólica y la relaciona con el *punto de vista interno* de aceptación del Derecho descrito por Hart; es decir, las funciones del Derecho operan sobre una suerte de *eficacia simbólica general* del ordenamiento<sup>114</sup>. Pero podemos referirnos a la eficacia simbólica del Derecho en un sentido más restrictivo y con ella indicar la *incidencia o efectos* que éste tiene en el ámbito representacional o sentimental de los imperados y agentes jurídicos; es decir, si la función simbólica consistía en la tarea de transmisión o inculcación de imágenes, de sentidos, de sentimientos..., la eficacia simbólica son esos productos o efectos transmitidos o inculcados, es la realización de la función simbólica.

Si se toma como referencia el esquema de Hierro<sup>115</sup>, el término *eficacia* estaría siendo empleado en un sentido *cercano* al de *éxito*, por cuanto con él no hacemos *total* referencia al *cumplimiento* del contenido normativo de la norma, ni *tampoco totalmente*<sup>116</sup> a su *aplicación* por parte de los órganos del Estado, sino más bien a la consecución de los objetivos previstos

---

<sup>114</sup> La eficacia simbólica general se relaciona con lo que en la cultura jurídica alemana se denomina “*Rechtsgefühl*” y que Luis Lloredo explica como una “...especie de conciencia colectiva que resultaría imprescindible como soporte del sistema” (2012: 257). Es verdad que el concepto ha tenido también otra acepción más particular, especialmente en *La lucha por el derecho* de Jhering (2003), pero esa idea del *noble sentimiento del propietario* presente en su obra, que lo lleva a centrarse en el sentimiento que nace de la violación del derecho subjetivo y que es el que motiva la lucha por el restablecimiento del mismo –o como señala Lloredo “esa especie de resorte moral que se acciona en cuanto los derechos se ven dañados en el plano subjetivo” (2012: 257)– estaría más próxima a lo que aquí apuntaremos como *eficacia simbólica en sentido estricto*. La idea de propiedad sobre la que discurre Jhering es particular. Para él, ese sentimiento por el derecho de propiedad violado se relaciona con una suerte adquisición honrosa de la misma derivada del trabajo que ello implica; de hecho, repudia la adquisición especulativa de la propiedad, que aparece como extremadamente común hoy: “Esa constante relación con el trabajo –señala Jhering–, es la que hace mantenerse a la propiedad sin tacha; con ese origen que debe reflejar siempre, hace ver lo que en realidad es para el hombre, apareciendo clara y transparente hasta en sus profundidades; pero cuanto más se aleja de tal origen para perderse y adulterarse, por decirlo así, proviniendo de ganancias fáciles y sin esfuerzo alguno, más pierde su carácter y naturaleza propia, hasta convertirse en jugadas de bolsa y en un agiotaje fraudulento (...) nada hay aquí del sentimiento de propiedad” (2003). Hoy en día, el efecto propio del discurso jurídico que intenta mantener esa idea de vinculación entre trabajo y propiedad, que justificaría el derecho subjetivo de propiedad como derecho absoluto, puede apreciarse como un caso de *eficacia simbólica en sentido estricto*.

<sup>115</sup> Genéricamente (pues por espacio no puede ser de otro modo la referencia), Hierro distingue en la perspectiva externa o sociológica de la eficacia –pues también hay una interna o jurídica– cuatro diferentes concepciones: 1) como correspondencia, en la que distingue a su vez la a) mera coincidencia y b) cumplimiento, el que puede deberse a temor a la sanción, respeto al orden, a la autoridad, por utilidad y por adhesión; 2) como aplicación; 3) como éxito, y 4) como eficiencia (2003: 74-209).

<sup>116</sup> El uso del adverbio se justifica porque el tema de la eficacia simbólica no puede reducirse ni al cumplimiento ni a la aplicación de la norma, pero tampoco es un fenómeno del todo ajeno a estas perspectivas. Se relaciona con ellas tanto en un sentido positivo como negativo; es decir, la eficacia simbólica del Derecho puede relacionarse con aspectos destacados desde la eficacia como cumplimiento y aplicación, pero también con aspectos que bajo esas perspectivas serían apreciados como ineficacias. Esto pone de manifiesto la necesidad de desarrollar de manera mucho más acabada la idea de eficacia, pero eso formará parte de un trabajo en que el espacio me permita asumir esa tarea que implica una profunda revisión de un profuso material doctrinal elaborado al respecto.

por el legislador, hayan sido estos o no declarados<sup>117</sup>. Pero tampoco se reduce exclusivamente a lo que el legislador previó como objetivos, como fines, pues una norma puede tener eficacia simbólica por diversas razones, una es un uso simbólico del Derecho por parte de su creador, en que intencionadamente se busca que la norma no tenga efectos instrumentales, caso en el que la eficacia simbólica obedece a un *uso simbólico originario* (utilizando la clasificación de García Villegas a la que ya se ha hecho mención) realizado bajo la forma de función latente, o en otras palabras, *la ineficacia instrumental constituye en sí misma la función latente*. Pero la eficacia simbólica también podría ser consecuencia de que aun habiéndose previsto y dispuesto a nivel legislativo los medios para la efectiva implementación de sus contenidos, la norma ha sido deficientemente aplicada o implementada –dolosa o culposamente–, lo que ha redundado en falta de eficacia instrumental pero sin que ello obste a la simbólica; aquí se hace creer que algo se está haciendo mediante el impacto que produce la enunciación de puesta en marcha de mecanismo jurídicos, por ejemplo el inicio de un procedimiento sancionatorio cuyos resultados absolutorios no son nunca difundidos<sup>118</sup>. Estos dos casos podrían encuadrarse en lo que Austin denominó como *acto perlocucionario*<sup>119</sup>: aquél que tiene lugar en el destinatario del mensaje y que es consecuencia de haberse enunciado algo.

Pero otras causas de la eficacia simbólica pueden ser, simplemente, la negligente falta de previsión de los medios necesarios para que una norma tenga eficacia instrumental, por lo que queda reducida sólo al impacto simbólico que generó o genera su dictación o su constante presencia en los cuerpos normativos –códigos, constitución, reglamentos, etc.–; aquí *no*

---

<sup>117</sup> Por tanto, esos objetivos no deben identificarse con lo que se denomina la *voluntad del legislador* como criterio interpretativo, pues como señala Hierro “el legislador explicita los propósitos que juzga confesables y calla los que juzga inconfesables (afirma, por ejemplo, que la norma se propone mejorar la calidad de un servicio público y calla que se propone poner fin a una huelga)” (2003: 161). Las normas son el resultado de diversos juegos de presión cuyo resultado tiende siempre a ser presentado bajo la apariencia de interés general, seguridad pública, orden público, bien común, etc

<sup>118</sup> Consideremos, por ejemplo, el caso de los directivos de Catalunya Bank S.A. que por administración fraudulenta generaron su quiebra y una grave crisis en la economía nacional. La administración del Estado, en un acto con profusa difusión mediática, los destituye sin pagarles las millonarias indemnizaciones que éstos mismos se habían fijado. Los ex directivos del banco iniciaron un proceso laboral contra el Estado, y los *profesionales* representantes de éste no produjeron ninguna prueba en la forma en que legalmente se estipula, no solicitaron informes periciales, ni siquiera el interrogatorio de los demandantes, y hasta renunciaron a los hechos invocados en la misma carta de despido. De esta manera, no acreditaron en el proceso ninguna de las causas por las que fueron despedidos los ex directivos, y la sentencia del 04 de marzo del 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de Barcelona se vio obligada a declarar como improcedente el despido, condenando al Estado –pues el banco fue nacionalizado– a pagar la millonaria indemnización de 600.000 euros a cada uno de los dos directivos. Bajo el marco que presento, ese proceso judicial puede ser visto como intencionalmente utilizado para legitimar un pago que de otra forma no hubiese sido aceptado en la opinión pública.

<sup>119</sup> Para un análisis del acto perlocucionario, ver el apartado de *Los presupuestos relativos al lenguaje*, más adelante en este trabajo.

podríamos hablar de un *uso simbólico* del Derecho sino sólo de *eficacia simbólica*, pues no es posible acreditar una estrategia deliberada en la producción o utilización de esos efectos simbólicos. Otra eventual razón podría encontrarse en que una nueva norma no cumple sus objetivos normativos porque encuentra resistencia en los comportamientos modelados bajo una norma anterior, y aquí podría hablarse de una eficacia simbólica derivada del *efecto de histéresis* del *habitus*<sup>120</sup>. Finalmente -sin intentar agotar las posibilidades, sino sólo introducir una distinción- la norma podría manifiestamente perseguir fines simbólicos, como las que conceden honores o títulos nobiliarios, y efectivamente conseguirlo, por ejemplo, cuando al beneficiario le es reconocido un cierto status en sus relaciones sociales que antes no tenía; en este caso hablaríamos de una eficacia instrumental, pues se cumplen los contenidos dispositivos de la norma, y a la vez de una eficacia simbólica del Derecho por el ámbito en el que operan los efectos o consecuencias de la efectiva ejecución de los contenidos normativos –el representacional-; se trataría entonces de un *uso simbólico del Derecho* bajo la forma de *función manifiesta* que tiene tano una *eficacia instrumental* como *simbólica*.

Este último ejemplo nos permite introducir una advertencia respecto a las categorías de *instrumental* y *simbólico*, antes de aventurar un concepto de eficacia simbólica en sentido estricto. Debemos considerar que lo instrumental y lo simbólico son dimensiones presentes en la manera en la que el Derecho incide en la realidad, mas no se encuentran en un estado puro, sino que en grados no siempre diferenciables. Por ejemplo, en ocasiones lo simbólico no está dirigido exclusivamente a producir representaciones en los destinatarios, también puede estar dirigido a la acción, pues la modificación de la visión oficial del mundo que el Derecho representa puede producir también cambios en el comportamiento. Por tanto, lo simbólico e instrumental pueden presentarse en la realidad en una relación de complementariedad, de exclusión, proporcionalidad inversa o simple paralelismo (García Villegas, 1993: 90). Por eso, con García Villegas, podemos decir que las categorías de instrumental y simbólica son una especie de *tipos ideales* weberianos, modelos analíticos, “...ejercicio metodológico y analítico que sólo tiene por objeto describir una realidad que se acerca a cada uno de estos modelos pero que nunca se confunde con ellos” (1993: 90).

Aclarado esto es posible intentar una definición de la *eficacia simbólica en sentido estricto* que la sitúe en el ámbito de los efectos o consecuencias a nivel representacional y

---

<sup>120</sup> Estos conceptos serán explicados a continuación en el ámbito del método, por ahora entiéndanse como una resistencia de formas de obrar de los agentes que perviven aunque se disponga normativamente lo contrario.



emocional de los sujetos, que destaque que son producidas por el discurso jurídico, y que a su vez las relacione y diferencie con la eficacia instrumental de éste. Una definición que cumpla estas condiciones puede enunciarse como: *la eficacia simbólica del Derecho es una categoría analítica que busca describir y explicar la incidencia social que éste tiene mediante su función simbólica y que se traduce en las representaciones, emociones o sentimientos que el discurso jurídico genera en sus destinatarios en virtud de las ideas o significaciones asociadas a éste desde el momento mismo de su enunciación y aun con independencia de su implementación, o bien, como consecuencia de ésta última y hasta ya cesado su periodo de vigencia.* O en términos más abstractos, podría definirse simplemente como *el impacto del Derecho en la realidad social a través de su función simbólica.*

De las posibles combinaciones que fueron expuestas en relación a la *eficacia simbólica* y en base a las anotaciones dadas en el primer capítulo, aparece con relativa facilidad la relación que tiene el *uso simbólico del Derecho* con las estrategias y fines a los que se presta la función simbólica del Derecho. La primera idea que vendría a la mente, considerando sobre todo el ámbito que hemos identificado al hablar de Derecho –el estatal- sería pensar en las posibilidades de dominación que alberga la función simbólica del Derecho, pues como señala Lasswell “Una elite se defiende y hace valer sus derechos a nombre de símbolos del destino común.” (1974: 31). Pero nuestro punto de partida para la observación será que el Derecho alberga tanto potencial *emancipatorio* como de *dominación* -lo que, en todo caso, podría terminar siendo desvirtuado durante el futuro trabajo-. Así se aprecia por ejemplo en la juridificación de las luchas laborales que en nombre del *pueblo* han obtenido verdaderas mejoras de condiciones de vida para los ciudadanos<sup>121</sup>, y en los mismos recortes que ellas han sufrido por parte del poder político ejercido también a nombre del *pueblo* que, supuestamente, representan de manera legítima como resultado de un proceso eleccionario democrático. La obra de Bourdieu, como veremos luego con ocasión de la teoría de los campos jurídicos, puede considerarse que hace primar en el análisis la perspectiva de dominación, pero no descarta su potencial emancipatorio. Así lo sostienen García Villegas (2014) y también García Inda cuando señala “...el análisis antiformalista de Bourdieu [lo que] nos ofrece es la posibilidad de comprender mejor cómo aquellos utilizan (o utilizamos) la legalidad para servir a diferentes intereses. Lo cual permite (o nos permite) a otros, concurrir más coherentemente a la lucha que

---

<sup>121</sup> Para los usos del término pueblo y la delegación política apreciados como un fetichismo político (Bourdieu, 2000: 152-157; 158-172)

en ese campo jurídico, y en los diversos campos sociales, se lleva a cabo por el monopolio de los medios que contribuyen a la dominación legítima” (Bourdieu, 2000b: 50). Y efectivamente Bourdieu plantea que el texto jurídico, igual que el religioso, filosófico o literario, es un objeto de luchas, “dado que la lectura es una manera de apropiarse de la fuerza simbólica que se encuentra encerrada en estado potencial.” (2000b: 171).

Si nos centramos en el ámbito de los derechos humanos, es evidente el potencial emancipatorio que estos tienen. Una de las Cortes considerada como de las más progresistas del mundo, la Corte Constitucional Colombiana, lo definió precisamente como el “...código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos...”<sup>122</sup>. Esta creencia en la legitimidad de los derechos, su poder simbólico, que en el ámbito interno norteamericano ha sido denominada por Stuart Scheingold como el *mito de los derechos*<sup>123</sup>, es lo que permitiría que a su amparo se libren verdaderas luchas emancipatorias tendientes a la implementación efectiva de sus contenidos; por seguir la denominación de Scheingold, una *política de los derechos*<sup>124</sup> que se vale del poder simbólico de estos y lo utiliza como recursos para la acción. Sin embargo, el poder simbólico que tienen los derechos en el ámbito norteamericano descansa en una verdadera ideología política -en el sentido simplemente de creencia- que confía en la legalidad como sustento de la legitimidad (Scheingold, 2004: 14), lo cual no es extrapolable automáticamente a cualquier sitio.

Boaventura de Sousa Santos también ha reflexionado sobre la capacidad o uso emancipatorio de los derechos humanos, y ha señalado que mientras sean concebidos acríticamente *prima facie* como universales, tenderán a funcionar como *localismos globalizados*<sup>125</sup>. Para poder funcionar como una forma de globalización cosmopolita y

---

<sup>122</sup> Sentencia Fallo T-254/94

<sup>123</sup> El núcleo del mito de los derechos apunta a una perspectiva social que asume el paradigma legal para percibir y explicar gran parte de la interacción humana en términos de reglas, y de los derechos y obligaciones inherentes a ellas (Scheingold, 2004: 13) Para un desarrollo de este concepto ver Scheingold (2004: 13 y ss.)

<sup>124</sup> La política de los derechos -señala Scheingold- es un término para describir las formas de actividad política que son posibles por la presencia de los derechos en la sociedad estadounidense. “Sólo en la medida en que entendemos la política de los derechos es posible evaluar de manera realista la importancia política del mito de los derechos” (Scheingold, 2004: 83). La idea de política de los derechos apunta a la acción política y al rol que puede desempeñar el activismo judicial. Se enfoca en formas distintivas de acción política estrechamente asociadas con abogados y litigios. Así, la atención es dirigida a la posibilidad de articular los objetivos de las políticas públicas por parte de los tribunales y al proceso político que tiene lugar con posterioridad a la sentencia Scheingold (2010: 8). Para un desarrollo de este concepto ver Scheingold (2004: 81 y ss.).

<sup>125</sup> Para Santos, un localismo globalizado es un fenómeno local que ha sido globalizado con éxito. En sus palabras, se trata de “un proceso cultural mediante el cual una cultura local hegemónica se come y digiere, como un caníbal, otras culturas subordinadas” (1998: 202).

contrahegemónica -como una globalización desde abajo- es necesario que sean reconceptualizados como multiculturales. “Concebidos de esta manera – como universales- el ámbito global de los derechos humanos se obtendrá a costa de su legitimidad local.” (2010: 67). Para una relación equilibrada y mutuamente reforzante entre la competencia global y la legitimidad local, los dos atributos de una política contrahegemónica de derechos humanos según Santos, es necesario que antes opere una reconstrucción intercultural de los mismos como condición indispensable para liberarlos de aquellos aspectos que determinan que, actualmente, operen como la visión occidental globalizada de lo que en ésta cultura consideramos valores fundamentales, lo cual atentaría contra su potencial emancipatorio<sup>126</sup>.

De estas simples referencias podemos apreciar que el potencial emancipatorio o de dominación no es algo filiado de manera indisoluble a la formas jurídicas. Esa misma eficacia simbólica sobre la que reposa el Derecho estatal abre un espacio de apropiación simbólica de la función simbólica del Derecho, dirigido tanto hacia fines emancipatorios como de dominación. Sin embargo, ello no opera automáticamente, es necesario cumplir ciertas condiciones, pues el Derecho estatal se encuentra ligado a la imposición de un cierto punto de vista del mundo que, al incidir en la configuración de los puntos de vista de los ciudadanos, contribuye, en principio, a la naturalización de una dominación. De esto podemos concluir que deben analizarse ciertas condiciones, como las que genéricamente enunciamos de Boaventura de Sousa Santos, indispensables para la realización del potencial emancipatorio de las formas jurídicas. No es el objeto de este trabajo desarrollarlas acá, simplemente hemos intentado con estas breves

---

<sup>126</sup> Esta tarea partiría -a su juicio- de cinco premisas básicas: a) Trascender el debate entre universalismo y relativismo cultural. Todas las culturas son relativas pero el relativismo cultural es una postura filosófica errónea; y es verdad también que todas las culturas aspiran a tener valores y preocupaciones absolutas, pero el universalismo cultural es igualmente una postura filosófica errónea. Contra el universalismo, el sociólogo portugués plantea diálogos transculturales acerca de preocupaciones isomórficas, y contra el relativismo, postula desarrollar criterios procedimentales transculturales para distinguir las políticas progresistas de las conservadoras, la emancipación de la regulación. (2010, pp. 90-91); b) Todas las culturas contienen ideas sobre la dignidad humana, pero no todas la entienden como equivalente a derechos humanos; ello impondría la necesidad de buscar preocupaciones isomórficas, pues los diferentes conceptos o nombres reflejan preocupaciones o aspiraciones similares o mutuamente inteligibles. (2010, p.91); c) Asumir que todas las culturales son incompletas y problemáticas en sus concepciones de la dignidad humana. (2010, p. 91); d) Entender que ninguna cultura importante es monolítica. “... las culturas tienen diferentes versiones de dignidad humana, algunas más extensas que otras, algunas con un círculo más amplio de reciprocidad que otras, algunas más abiertas a otras cultura que otras. Por ejemplo, la modernidad occidental se ha desdoblado en dos concepciones y prácticas sumamente divergentes de derechos humanos –la liberal y la marxista- de tal modo que una prioriza los derechos civiles y políticos y la otra los derechos sociales y económicos” (2010, p. 92); e) Como quinta premisa, Santos sostiene que todas las culturas tienden a distribuir a las personas y grupos sociales entre dos principios competitivos de pertenencia jerárquica. “Uno funciona a través de jerarquías entre unidades homogéneas. El otro funciona a través de la separación entre diferencias e identidades únicas. Los dos principios no necesariamente se juxtaponen y por eso no todas las igualdades son idénticas y no todas las diferencias son desiguales” (2010, p. 92)

explicaciones introducir un concepto de *uso simbólico del Derecho* que no esté automáticamente identificado con la dominación –como ocurre desde un análisis marxista clásico del Derecho estatal<sup>127</sup>–, pero que tampoco aparezca filiado a los fines emancipatorios a que puede ser dirigido –como ocurre casi por antonomasia con los derechos humanos concebido acríticamente en su configuración occidental hegemónica–

Por último –antes de pasar a conceptualizar el uso simbólico– se debe poner de manifiesto también cómo, para apreciar la configuración del uso de la función simbólica, tanto en su faz de dominación como de emancipación, debemos realizar un análisis que trascienda el mero campo jurídico e intentar establecer relaciones con otros campos, y principalmente, el de los medios de comunicación masivos, la educación, el campo cultural, la propaganda, la formación de la opinión pública, etc. Incluir ésta arista en una futura investigación se justifica porque, si bien los derechos pueden constituir recursos para construir una determinada realidad social, muchas veces, los estrictamente productos del funcionamiento del campo jurídico pueden resultar intrascendentes frente a una realidad social constituida mediáticamente. Sólo así, por ejemplo, podría entenderse la reiterada invocación de la ley antiterrorista por parte de órganos de gobierno chileno en contra de los mapuches pese a la mayoritaria jurisprudencia que ha rechazado su aplicación en ese conflicto. El impacto simbólico que tiene la sola enunciación de *invocación de la ley antiterrorista* ya ha producido una cierta *eficacia simbólica* que parece contundente si se compara con la que logran los fallos absolutorios cuando no van acompañados de la misma cobertura mediática. Lasswell señalaba que cuando las elites recurren a la propaganda, su problema táctico es el de seleccionar los símbolos y canales que sean capaces de provocar los actos concertados que se desean (1974: 38). Cuando la propaganda tiene éxito “manipula sagazmente los sentimientos de agresividad, culpabilidad, debilidad y afecto. (...) el símbolo del “otro” es objeto de una elaboración que lo convierte en “influencia” intrigante, traicionera, malévolo,” (1974: 39). Todos los elementos involucrados en esta cuestión: propiedad de los medios de comunicación, su impacto social, la relación que tiene con la política, los negocios vinculados a los territorios donde acaecen los hechos juzgados, la publicidad de los procesos versus la de la sentencia, etc. muestran lo incompleto que resultaría para el análisis un enfoque meramente jurídico.

---

<sup>127</sup> Para un estudio de las visiones marxistas en el Derecho, puede verse de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (2004)

Dicho todo esto, podemos definir el *uso simbólico del Derecho* como *aquellas estrategias desarrolladas por los operadores jurídicos –creadores, aplicadores, litigantes, activistas- y los destinatarios de las normas jurídicas, cuyo principal objetivo es utilizar en beneficio de fines propios o ajenos aquellas representaciones, sentimientos o imágenes que evoca el discurso jurídico*. Si bien hemos dicho que la función simbólica podía operar como manifiesta o latente, y cualquier análisis que se emprenda debe intentar dar cuenta de todas esas posibilidades, el principal objetivo que se tiene en mente para el futuro trabajo es intentar develar el uso simbólico consistente en las estrategias que los actores sociales ponen en ejecución, valiéndose de la función simbólica del Derecho, para perseguir fines diferentes a aquellos que se desprenden del sentido propio del discurso jurídico.

Aplicando la clasificación de García Villegas sobre eficacia simbólica, pero dentro de éste marco que hemos definido, podemos decir que si la instancia en que se verifica este uso es el momento del diseño de la normativa hablamos de un *uso simbólico originario*, y si se da cuando ya ha entrado en vigencia, hablamos de *derivado*. Y desde otro punto de vista, como hace también el autor, podríamos intentar una clasificación en relación a los fines perseguidos: 1) reificar la realidad social, 2) deslegitimar a un actor social, 3) consagrar un valor o un deber, 4) diferir una decisión, 5) esconder otro propósito distinto, 6) figurar un valor, un principio o una realidad. Y finalmente, en relación a la calificación de esos fines podemos clasificarlos como: 1) uso simbólico de dominación y 2) uso simbólico emancipatorio<sup>128</sup>.

## 5) RECAPITULACIÓN

El *uso simbólico*, la *eficacia simbólica* y la *función simbólica*, son categorías analíticas que buscan dar cuenta de diferentes aspectos involucrados en un mismo fenómeno jurídico-social. Tal vez, lo más importante a nivel práctico es la identificación del uso simbólico del Derecho, pero no podríamos dar cuenta de él si no se considera la aptitud que tiene el Derecho para transmitir o inculcar creencia o representaciones, los mecanismos mediante los cuales lo hace y en qué consisten precisamente esas imágenes que el Derecho genera en el ámbito

---

<sup>128</sup> Por ejemplo, en la reglamentación de la consulta indígena por parte del Estado chileno anunciada como desarrollos necesarios para su implementación efectiva, analizando el contexto, sus efectos concretos, los agentes involucrados, sus respectivos capitales, etc., bajo el marco que proponemos, podría llegar a establecerse un eventual uso simbólico originario que, con fines de dominación, esconde otros propósitos: más que reglamentar, limitar los casos a los que debe ser aplicada, por ejemplo, estableciendo requisitos para ser considerado comunidad indígena consultable, exigirles determinadas formas de organización institucional, definiendo restrictivamente qué se considera como afectación de sus intereses, estableciendo procedimientos engorrosos o excesivamente técnicos, etc.

representacional de los sujetos. La distinción que se ha expuesto –además de permitir aclarar los conceptos que serán utilizados en la futura formulación de hipótesis- tiene dos principales objetivos, que constituyen a su vez las dos principales utilidades que presenta.

Por un lado, las categorías analizadas nos permiten ordenar los diferentes temas involucrados en el fenómeno y ofrecen un criterio para orientarnos en su identificación. Bajo la *función simbólica* es necesario estudiar algunos aspectos relativos al lenguaje y análisis del discurso; la cuestión de la legitimidad: en el sentido de eficacia simbólica general, legitimidad como fin al que puede estar orientada la función simbólica, así como el estudio de los mecanismos por los cuales se realiza, especialmente el recurso a la ficción jurídica, la representación política y la representatividad efectiva del sistema político.

La *eficacia simbólica en sentido estricto* implica -en el ámbito teórico- primero, examinar las distintas maneras en que sociológicamente puede ser considerada la eficacia para establecer qué tipo de relaciones guardan con la eficacia simbólica estricta y la instrumental; segundo, el concepto de ideología en sus posibles sentidos, a fin de poner en relación, tanto su acepción de *falsa conciencia* con la de *eficacia simbólica estricta* que resulta de usos con fines *hegemónicos*, como la acepción neutra de totalidad o parte del sistema de creencias de una persona o grupo para explicar las estrategias y objetivos detrás el uso simbólico de los derechos humanos<sup>129</sup>; deberemos también, y este puede ser uno de los puntos más complejos de la investigación, intentar develar cuáles son las representaciones que pueden asociarse a efectos del discurso jurídico, lo que conlleva la necesidad de realizar trabajos de campo y seleccionar los mecanismo de indagación social más adecuados a tales efectos.

Finalmente, bajo el *uso simbólico del Derecho* debemos estudiar los diversos fines a que puede estar dirigida la función simbólica; además, las condiciones bajo las cuales es posible verificar un uso simbólico calificable como de dominación o emancipación, principalmente en los relativo al discurso de los derechos humanos en contexto de pluralidad cultural; y también, la incidencia que tienen los medios de comunicación y otras instancias como el campo cultural, educacional, etc. en la construcción de la realidad social, cuestión que está estrechamente

---

<sup>129</sup> Lasswell explicaba que los símbolos en nombre de los cuales la elite –entendida como aquellos que obtienen la mayor participación en el reparto de los valores disponibles: respeto, renta, seguridad- se defendía y hacía valer sus derechos constituían la *ideología* del orden establecido o la *utopía* de las contra-elites. “Utilizando palabras y gestos sancionados, la elite obtiene de las masas sangre, trabajo, impuesto, aplausos. Cuando el orden político funciona sin tropiezos las masa veneran los símbolos...” (1974: 31).

relacionada con los instrumentos necesarios para identificar las imágenes asociadas al discurso jurídico que mencionamos en relación a la eficacia.<sup>130</sup>

La segunda principal utilidad de la distinción conceptual propuesta es que evita caer en la tentación de identificar como la consecuencia o efecto de un *uso simbólico* a todo lo que reviste *eficacia simbólica*; es decir, como vimos antes, no todo resultado simbólico obedece a una estrategia calificable del mismo modo. Y de esto podemos derivar otras ventajas de la clasificación, pues nos permite identificar las causas reales de una eficacia simbólica, proveyendo de este modo herramientas para el diseño de políticas públicas que pretenden una mayor eficacia instrumental, pero también para actores sociales que buscan desarrollar estrategias en las que, valiéndose en parte de la función simbólica del Derecho, buscan conseguir adhesión ciudadana a sus causas.

---

<sup>130</sup> Un análisis de la relación de los medios de comunicación, la política y los negocios en la realidad Boliviana, fue llevado a cabo por el periodista Rafael Archondo bajo el sugerente nombre de *Incestos y Blindajes. Radiografía del campo político-periodístico* (2003).

### **CAPÍTULO III. DELIMITACIÓN DEL MÉTODO DE ANÁLISIS Y ALGUNOS PRESUPUESTOS TEÓRICOS DE LA FUTURA INVESTIGACIÓN**

#### **1) LAS LIMITACIONES DEL ANÁLISIS FUNCIONAL Y CÓMO SUPERARLAS: LA TEORÍA DE LOS CAMPOS JURÍDICOS DE PIERRE BOURDIEU.**

##### **A) Las limitaciones del análisis funcional**

Luego de haber definido el objeto formal de estudios y aclarar los conceptos fundamentales con los que se trabajará, así como los temas implicados en ellos, corresponde considerar la utilidad y límites que tiene el *análisis funcional* como método para estudiar el complejo fenómeno del que queremos dar cuenta. En este apartado no se hará referencia a las críticas de que ha sido objeto el análisis funcional en su clásica filiación al Funcionalismo, pues ellas fueron desarrolladas antes y porque las concepciones de *función* y *análisis funcional* que se han adoptado en este trabajo han sido formuladas precisamente para salvarlas.

Para ponderar la aptitud o no del análisis funcional para la explicación de la realidad social del Derecho en los fenómenos que a nosotros nos interesan, puede recurrirse -como hacen Chevalier y Loschak (1986: 111)- a Durkheim. En *Las reglas del método sociológico*, Durkheim ya advertía que la explicación de un fenómeno no puede reducirse a la búsqueda de su función. La mayor parte de los sociólogos –señala- “...creen que han dado cuenta de los fenómenos una vez que han hecho ver para qué sirven, qué papel desempeñan. Razonan como si los fenómenos no existieran más que con vistas a ese papel y no tuviesen otra causa determinante que la conciencia, clara o confusa, de los servicios que están destinados a prestar”. Sin embargo, mostrar para qué sirve un hecho no explica cómo él ha surgido ni por qué es como es, “pues las funciones para las que es útil ese hecho suponen propiedades específicas que sirven para caracterizarle, pero que no le crean. Nuestra necesidad de las cosas no puede hacer que ellas sean de tal o cual manera y, por consiguiente, no es esa necesidad la que puede sacarlas de la nada y conferirles el ser, sino que es a causa de otro tipo a lo que tales cosas deben su existencia.” (Durkheim, 1994: 146-147). Luego, describir qué hace el Derecho, e incluso calificar cómo lo hace, no nos indica a qué debe su existencia eso que hace, ni explica completamente por qué ni para quién lo hace. Chevalier y Loschak afirman a este respecto que es necesario buscar separadamente la causa eficiente de un fenómeno y la función que el cumple (1986: 111). ¿Cómo podríamos, efectuando sólo un análisis funcional, explicar por qué el Derecho tiene aptitud para movilizar por medio de la representación de ideas en sus



ciudadanos, y a qué fines ha sido dirigida esa competencia y bajo qué condiciones podría reorientarse?

El nuestro no es un mero estudio de funciones, busca centrarse sobre todo en el uso de éstas y la eficacia simbólica que revisten ciertas normas, mecanismo e instituciones. Se trata de un análisis estrechamente relacionado con la política, y por lo tanto, busca exponer las circunstancias por la que los influyentes tienen influencia; pero como no es ciencia política, también busca encontrar vías para resistirla y subvertirla<sup>131</sup>. Esto no es posible abordarlo sólo como un análisis funcional –ni aún en los términos planteados en el primer capítulo para preservar su valor de método–, pues como veíamos antes en relación a los temas comprendidos en las categorías función, eficacia, y uso simbólicos del Derecho, así como en la influencia que podrían tener los medios de comunicación, la educación, propaganda, etc., para dar cuenta de nuestro objeto es indispensable echar mano a conceptos desarrollados no sólo con ocasión de otros métodos de análisis sociológico –como se hará a continuación con Bourdieu– sino también, otros conceptos o categorías con origen en otras disciplinas, como la Filosofía del Derecho, la Dogmática jurídica, la Teoría General del Derecho, la Filosofía del Lenguaje, Filosofía Política, Antropología, Semiótica, etc. Es decir, la aproximación sociológica al fenómeno jurídico, si quiere dar cuenta de la manera en que opera el Derecho en la realidad, no puede realizarse desde un campo específico de conocimiento ni en base a un único método; la interdisciplinariedad, más que una *opción* metodológica, viene impuesta como *necesaria* por el propio objeto de estudio. Dese este punto de vista se advierte que el análisis funcional no considera, por ejemplo, elementos relativos al capital social y cultural con el que cuentan quienes actúan a través de una función –recordando que no toda función es un proyecto de acción–, o el de quienes se ven afectados por ésta, o las condiciones que posibilitan que ellas operen, o el habitus de los agentes, o los efectos que en él han tenido funciones que le preceden, ni tampoco se examina cuánto inciden estos factores en la existencia y continuidad de las funciones observadas, etc. Estos aspectos no son integrados ni aun en la concepción subjetivista del análisis.

Otra limitación del análisis funcional consiste en la imposibilidad de contar con elementos objetivos y unívocos acerca de lo que significa un funcionamiento conveniente. Destacábamos antes que parece correcto entender que las exigencias o necesidades de

---

<sup>131</sup> Lasswell señala que “El estudio de la política es el estudio de la influencia y de los influyentes. La ciencia política expone circunstancias; la filosofía política justifica preferencias” y que influyentes son la elite, mientras que el resto la masa (1974: 9).

funcionamiento del sistema sean definidas atendiendo a las necesidades o problemas planteados por los propios individuos o grupos dentro del sistema, y por lo tanto, el buen funcionamiento se relacionaría con la concordancia entre las funciones y las exigencias de la mayoría de los individuos o grupos del contexto analizado. Pero ¿de qué manera incluimos ahí los efectos ideológicos del discurso del interés general, o los del pensamiento tecnocrático hegemónico que reconducen el buen funcionamiento a lo que dispone la doctrina económica neoliberal? A nosotros no nos basta con calificar como positiva una función porque muestra coincidencia con una supuesta opinión pública, sobre todo nos importan los mecanismos por los cuales se ha construido esa opinión pública<sup>132</sup>, a que fines están dirigidos, mediante cuáles estrategias se logra, qué relación guardan con el contexto de pluralidad cultural, etc. Todas estas cuestiones van poniendo en evidencia que el estudio de nuestro objeto trasciende los límites del análisis funcional.

Ahora bien, no obstante lo anterior, es indudable que él sí aporta elementos importantes para el estudio que buscamos realizar. Dentro de estos, la noción misma de *función* invita a preguntarnos sobre el papel exacto que juega un fenómeno en el contexto en el cual se desenvuelve. El análisis funcional, liberado de los apriorismos del Funcionalismo, conserva un alto valor heurístico al resaltar la necesidad de considerar a los elementos de un conjunto social no ya aisladamente, sino en su relación con otros elementos y con el todo en el cual tienen lugar. Las funciones del Derecho no podrán ser examinadas como las tareas que abstractamente desempeña el Derecho sin que consideremos antes por qué es que está desempeñándolas, para quién, qué relación guardan con la ideología política que sustenta al sistema, etc. Para Chevalier y Loschak, es este giro relacional presente en la noción de función y en el método de análisis funcional, el que abre la vía a los análisis sistémicos (1986: 114). En el análisis funcional –igual que en el sistémico y el estructural– existe un postulado base consistente en la afirmación de interdependencia de los fenómenos sociales, lo que explicaría, según estos autores, el lugar central que ocupa la noción de sistema en el pensamiento científico actual<sup>133</sup>. Especialmente de

---

<sup>132</sup> Para un estudio sobre los distintos modelos históricos y del concepto de opinión pública, puede verse Jürgen Habermas (1986) y Rodríguez Uribe (1999).

<sup>133</sup> “El funcionalismo –señalan Chevalier y Loschak– ha quedado marcado por la influencia de las tesis organicistas y, por tanto, llevado a resaltar la mutua dependencia de las partes –que es, precisamente, una característica de los sistemas–. Se pasa insensiblemente e irresistiblemente del análisis funcional al análisis sistémico, que se diferencia del primero por dar preferencia al sistema en sí mismo y a sus modos de adaptación en relación a las unidades que lo constituyen. En el análisis estructural, la noción de sistema es igualmente central: la estructura es el código que caracteriza las relaciones entre los elementos del sistema.” (Chevalier y Loschak, 1986: 110). Esto reflejaría la enorme influencia que tuvo para las ciencias sociales el giro marcado por la noción de función y el análisis funcional.

la tarea renovadora emprendida por Merton es posible rescatar conceptos valiosos desarrollados en el marco del análisis funcional –y no sólo para nuestro objeto, sino para cualquier análisis sociológico del Derecho-. Específicamente nos referimos a los conceptos de *funciones manifiestas y funciones latentes*, *alternativas funcionales* y *coerción estructural*, los cuales permiten profundizar el análisis al ponderar elementos que no se presentan inmediatamente a la observación, llevando el conocimiento de la realidad social más allá del horizonte marcado por el sentido común, e impidiendo la sustitución de explicaciones sociológicas por juicios morales ingenuos formados a partir de la sola consideración de las funciones manifiestas (Merton, 1995: 140-148). También, con Bobbio, podemos destacar la utilidad que reviste el análisis funcional para mejorar el funcionamiento de las instituciones, pues la crítica de una institución comienza por la crítica de su función (1990: 263). De modo que no sólo es un instrumento útil para indagar y establecer las tareas manifiestas o latentes que desarrollan las instituciones sociales, sino que además puede brindarnos conclusiones en relación a cómo lo están haciendo, a la idoneidad de los medios empleados, a las consecuencias que tienen dichas funciones para otros elementos de la realidad social; es decir, constituye una herramienta útil para la necesaria actualización de las instituciones sociales, ofreciendo no sólo informes relativos a la descripción de sus funciones, sino también a su funcionalidad y a la coherencia o armonía que guardan en relación a las exigencias sociales que varían en el tiempo.

Las limitaciones que presenta el análisis funcional para dar cuenta por sí solo de la realidad social del Derecho, no lo invalida como forma de análisis. Simplemente –como señalan Chevallier y Loschak- invitan a una prudencia crítica en su utilización (1986: 110). En consideración a esa prudencia parece necesario explorar otras herramientas metodológicas para hacernos de otros conceptos y categorías que nos permitan una descripción y explicación más acabada de los diversos fenómenos involucrados en el uso, eficacia y función simbólica del Derecho, sin que por esto pierdan utilidad algunos aspectos que hemos vistos con ocasión del análisis funcional: los conceptos que destacábamos en el párrafo anterior, la necesidad de poner las funciones en relación con otros campos, y el ámbito de validez situada que le damos a las funciones que establecemos con ocasión del análisis funcional –a diferencia de lo que ocurre con las funciones generales del Derecho-. Y en relación a esto último y retomando la prevención de prudencia que hacen Chevallier y Loschak, debe recordarse el enfoque que le hemos dado a esta investigación: el que los conceptos y categorías que se desarrollan buscan esclarecer futuras hipótesis relativas, no a todo Derecho ni toda sociedad, sino sólo al Derecho

estatal chileno; aunque no se niega la posibilidad de que sean aplicables a otros campos, pero eso dependerá de cada contexto examinado<sup>134</sup>. Esta es la diferencia con las funciones generales del Derecho. Del mismo modo, el método que vamos definiendo está concebido para estudiar la realidad que hemos definido como analizable y no es el camino que nos lleva a establecer una teoría general. Y esto es válido en nuestra investigación aun cuando utilicemos como marco para el análisis la teoría de los campos jurídicos de Bourdieu, formulada precisamente con las pretensiones frente a las que estamos manifestando fuertes prevenciones. Nuestra consideración de los campos jurídicos es estrictamente en su faz metodológica, aunque para su explicación se hagan referencias a todos los aspectos que Bourdieu cree que son relativos al Derecho como *una* totalidad, error que nace de identificar, sin justificar, a todo Derecho con el Derecho estatal, lo que creo que aquí hemos superado precisamente al intentar fundamentar por qué nuestra delimitación del objeto en este sentido<sup>135</sup>.

## **B) Teoría de los campos jurídicos de Pierre Bourdieu**

**1) Los campos sociales:** La obra de Pierre Bourdieu se ha caracterizado como un constante intento por superar la oposición subjetivismo-objetivismo<sup>136</sup>. Con ese objeto propone un punto de partida metodológico eminentemente relacional<sup>137</sup>: el análisis del *espacio social*, entendido

---

<sup>134</sup> De hecho, Mauricio García tiene profundos estudios sobre la eficacia simbólica en Colombia. Y en relación al método, el mismo García Villegas junto Rodríguez Garavito proponen la idoneidad de la teoría de los campos jurídicos de Bourdieu no sólo para el estudio de Colombia, sino como una metodología idónea para estudiar la realidad socio-jurídica de América Latina como un solo campo (2003).

<sup>135</sup> Si por ejemplo, se intentara explicar exclusivamente mediante un *análisis funcional* el conflicto educacional chileno, donde el movimiento social estudiantil ha puesto en el centro de la discusión pública el lucro soterrado que, contra la norma que expresamente lo prohíbe, están obteniendo los dueños de Universidades privadas a través del retiro de utilidades mediante sociedades inmobiliarias relacionadas; tendríamos que concluir que pese a la disfuncionalidad de la norma, por cuanto desempeña mal la tarea asignada –prohibir el lucro-, ésta desempeña una *función positiva*, pues ese lucro camuflado es el que ha incentivado la ampliación de la cobertura educacional universitaria mediante el incremento de la oferta, lo cual está en armonía con lo que, según las encuestas, constituye una de las prioridades ciudadanas: *el derecho a la educación*. Pero si ampliáramos el análisis a los agentes que diseñaron la norma, que luego fueron los mismos que acabada la dictadura militar –época en que se diseñó la norma- pasaron a constituir Universidades privadas sin fines de lucro y empresas inmobiliarias relacionadas con éstas, y pusieramos estos hechos en relación con el carácter neoliberal que caracteriza a la institucionalidad chilena concebida desde la dictadura militar de Pinochet, podríamos hablar un *uso simbólico del Derecho*. Diversos fenómenos de este tipo están presentes en los dos conflictos sociales que pretenden estudiarse, lo que demuestra la insuficiencia, tanto de un análisis exclusivamente jurídico, como de otro exclusivamente socio-jurídico funcional.

<sup>136</sup> En la Introducción a *Poder, Derecho y Clases Sociales*, García Inda señala que en la frase “...una teoría de la exteriorización de la interioridad y de la interiorización de la exterioridad” podría resumirse toda la propuesta bourdieuniana. (Bourdieu, 2000b: 12).

<sup>137</sup> Wacquant señala que “Contra todas las formas de monismo metodológico que pretenden afirmar la prioridad ontológica de la estructura o el agente, el sistema o el actor, el colectivo o el individuo, Bourdieu afirma la primacía de las relaciones” (Bourdieu y Wacquant, 1992: 15). Ver también Bourdieu (1997: 7-21). El mismo Wacquant señala que esta perspectiva no es para nada nueva y que se enmarca en una tradición en la que pueden ubicarse

como “conjunto de posiciones distintas y coexistentes, externas unas a otras, definidas en relación unas de otras, por su exterioridad mutua y por relaciones de proximidad, de vecindad o de alejamiento y asimismo por relaciones de orden, como por encima, por debajo y entre” (Bourdieu, 1997: 16). Para Bourdieu, la sociedad aparece como compuesta por diferentes campos relacionados entre sí y, a la vez, relativamente autónomos<sup>138</sup>. Un *campo social* es un espacio social específico en el que las relaciones se definen de acuerdo a un tipo especial de poder o capital detentado por los agentes que entran en una la lucha, juego, o competencia dentro del campo<sup>139</sup>. García Inda destaca, por un lado, que por tratarse de un conjunto de relaciones, los individuos o grupos de individuos en tanto seres biológicos, no participan del campo, pero sí lo hacen en tanto *agentes* que actúan en el campo siempre que posean las propiedades necesarias para producir efectos en él (el capital); y por otro lado, destaca que los conceptos de campo y capital se configuran mutuamente en una especie de círculo hermenéutico en que para construir el campo deben identificarse las formas de capital específico que en él operan, y para construir éstas, uno debe conocer el campo (1997: 63).

En base a las explicaciones de Wacquant (1992: 16-18), García Inda (1997: 62-64) y el propio Bourdieu (1997: 7-13) podemos decir que el *campo social* es una red de relaciones objetivas entre posiciones definidas históricamente, en el que agentes situados en esas posiciones estructurales diferentes compiten por un capital que consideran valioso. Las posiciones de los agentes dependen tanto de su *situación actual y potencial* en la estructura de distribución de las formas de capital en juego, como de sus relaciones objetivas con otras posiciones<sup>140</sup>.

---

Piaget, Jakobson, Levi-Strauss, Braudel, y que podría remontarse a Durkheim y Marx (1992: 16). Perspectiva en la que como vimos, Bourdieu reconoce como fundamental también a Cassirer.

<sup>138</sup> El carácter relativamente autónomo de los campos sociales, señala García Inda, se debe a que “...son fruto de un proceso histórico de diferenciación de acuerdo a los tipos particulares de legitimidad (y de poder), lo que da a cada campo una autonomía relativa respecto a los demás. Un doble proceso de diferenciación axiomática y de división del trabajo social según el cual la configuración de un cuerpo de agentes especialistas legitimados para operar con un determinado capital viene dado por la especificación de ese mismo capital como objeto de competencia entre los agentes interesados. De manera que la autonomía es una cualidad esencial para la noción de campo social. Una autonomía relativa (y por tanto también relativa dependencia) respecto a los otros campos sociales y a sus formas de poder o capital, con los que sin embargo (e inevitablemente por su carácter relativo), también va a mantener relaciones que van a determinar en alguna medida el valor de sus productos específicos.” García Inda en la introducción a Bourdieu (2000b: 19).

<sup>139</sup> Para una explicación detallada de la metáfora del juego, ver Bourdieu y Wacquant (1992: 98-100).

<sup>140</sup> Cada campo social puede ser definido –señala García Inda– “...como un *sistema de diferencias*, en el que el “valor” de cada posición social no se define en sí misma, sino que se mide por la distancia social que la separa de otras posiciones, inferiores o superiores. Aunque esas distancias sociales entre posiciones pueden variar y varían en función de los cambios en esa estructura de distribución de los diferentes tipos de capital, también existen formas de codificación e institucionalización de las distancias sociales para hacerlas respetar (a través de la ley, costumbres, creencias, etc.).” García Inda en la Introducción a Bourdieu (2000b: 17).

El *capital*<sup>141</sup> específico del campo opera de tres maneras diferentes: a) como condición de entrada en el juego o competencia, pues su posesión condiciona el acceso a los provechos específicos del campo; b) como arma de lucha en esa competencia, pues su posesión condiciona el grado de influencia en el juego; y c) como objeto de la lucha que tiene lugar en el campo, pues los agentes compiten por un recurso que consideran valioso y que es el que dota de especificidad al campo y el que determina la lógica de funcionamiento del mismo (García Inda, 1997: 64).

En tanto objeto de lucha el *capital* puede ser definido como los “...diferentes recursos que se producen y negocian en el campo y cuyas especies, por eso mismo, varían en función de las distintas actividades (juegos o luchas) de los diversos campos” (Bourdieu, 2000b: 17). Estos recursos pueden agruparse en cuatro categorías distintas y asumen diversas formas de institucionalización: a) *el capital económico*, que se caracteriza porque es directamente convertible en dinero; puede institucionalizarse bajo la forma de títulos de propiedad; b) *el capital cultural*, que comprende educación formal, idiomas, correctas maneras de hablar, objetos materiales relacionados con el cultivo del arte, etc.; puede institucionalizarse en títulos escolares o educativos y bajo ciertas condiciones también es convertible en dinero; c) *el capital social*, que abarca la pertenencia a una organización o red de relaciones sociales de reconocimiento y conocimientos mutuos que son más o menos duraderas e institucionalizadas – el mismo origen, mismo barrio, misma ascendencia, colegio común, etc.-; puede institucionalizarse en título nobiliarios<sup>142</sup>; y d) *el capital simbólico*, que no es otra cosa que cualquiera de las otras formas de capital “...en la medida en que es representado, esto es, simbólicamente aprehendido, en una relación de conocimiento o, para ser más exactos, de reconocimiento y desconocimiento (*misrecognition*), presupone la intervención del habitus, entendido éste como una capacidad cognitiva socialmente constituida.” (Bourdieu, 2000b: 134-136). Es decir, el *capital simbólico* es cualquiera de las otras formas de capital en la medida en que es percibido como legítimo (2000b: 106). De este modo, el *poder simbólico* es una forma transformada, irreconocible, transfigurada y legitimada de otras formas de poder.

A juicio de Bourdieu, la única manera de superar las explicaciones del modelo energético o fisicalista –que explica las relaciones sociales como relaciones de fuerza- y el modelo cibernético –que las reduce a relaciones de comunicación- es centrándose en la

---

<sup>141</sup> Para un análisis completo de las diferentes formas de capital, ver Bourdieu (200b: 131-164).

<sup>142</sup> Para García Inda, en nuestras sociedades actuales puede considerarse al poseedor de cierta “nobleza intelectual” como un papel ejercido a partir de cierta acumulación de capital social y cultural (1997: 68).

“...descripción de las leyes de transformación que rigen la transmutación de las diferentes especies de capital en capital simbólico y en particular el trabajo de disimulación y de transfiguración (es decir, de eufemización) que asegura una verdadera transubstanciación de las relaciones de fuerza haciendo desconocer-reconocer la violencia que encierran objetivamente y transformándolas así en poder simbólico, capaz de producir efectos reales sin gasto aparente de energía.” (2000b: 98-99)

Los distintos tipos de capital pueden también ser transformados en algunos de los otros tipos de capital. Así, por ejemplo, el capital económico es convertible en capital cultural mediante la inversión en títulos académicos institucionalizados, o en capital social. Bourdieu advierte que si bien el capital económico puede estar en la base de estas transformaciones, no debe caerse en el *economicismo* que reduce todas las diferentes formas de capital a capital económico, pues así no se advierte la eficacia propia que tienen los otros tipos de capital. También debe evitarse el riesgo del *semiologismo* –representado por el estructuralismo, la etnometodología, y el interaccionismo simbólicos- que reduce las relaciones de intercambio a fenómenos de comunicación, ignorando el “hecho descarnado de la reductibilidad universal a la economía”. Aun cuando el capital económico sirve de base a todos los demás tipos de capital, las manifestaciones transformadas y travestidas de éste no pueden nunca reconducirse a él totalmente, porque ellas sólo pueden producir sus efectos específicos en la medida en que oculten (sobre todo ante sus propios poseedores) que es el capital económico el que les sirve de base y el que, siquiera en última instancia, determina sus efectos (Bourdieu, 2000b: 158-159).

Antes -al dar un concepto de campo social- se ha señalado que las posiciones de los agente dependen tanto de su relación objetiva con otras posiciones, como de su situación *actual y potencial en la estructura de distribución*, lo que –a juicio de García Inda (1997: 64)- impone al menos dos cosas: la primera, la necesidad de un análisis sincrónico y diacrónico de la estructura que considere no sólo su estado actual sino también su proceso de constitución; y la segunda, que no basta considerar la situación actual del agente, también debe considerarse *su trayectoria*, que Bourdieu define como la “...serie de las posiciones sucesivamente ocupadas por un mismo agente (o un mismo grupo) en un espacio en sí mismo en movimiento y sometido a incesantes transformaciones” (Bourdieu, 1997: 82). Son las *posiciones en el campo* las que definen *socialmente* a los agentes, quienes las incorporan por medio del habitus. No son pues, aptitudes o dones naturales, aunque al haber sido incorporadas como habitus los agentes tiendan a hacer coincidir su posición social con la aptitud natural. Lo que Bourdieu quiere develar –

señala García Inda- es cómo, en muchas ocasiones, no se trata de dones sino de condiciones sociales adquiridas o reconocidas gracias a la posición que ocupan los agentes en el espacio social, condiciones que son legitimadas precisamente a través del discurso de su naturalidad (García Inda, 1997: 64)<sup>143</sup>.

Como se ha señalado, en la sociedad existen diversos campos -literario, económico, jurídico, político, etc.- y estos son relativamente autónomos, que es lo mismo que decir relativamente dependientes de los otros campos y sus formas de capital. Es difícil situar los límites del campo, Bourdieu señala que ellos se sitúan en el punto donde los efectos del campo cesan (Bourdieu y Wacquant, 1992: 100). La dinámica de dependencia e independencia en que se encuentran los diferentes campos determina en alguna medida los productos específicos de cada campo. En esta interacción que existe entre los diferentes campos adquiere importancia un campo específico que no se encuentra en el mismo nivel que los demás: el *campo de poder*.

Bourdieu advierte expresamente que no debe confundirse el *campo de poder* con el *campo político*, se trata más bien del espacio de relaciones de fuerza entre los agentes que, por detentar suficiente capital o poder en su campo específico, ocupan la posición dominante dentro de él, y se enfrentan entre sí intentando imponer su poder o capital como el dominante en el conjunto de los campos sociales (Bourdieu 1997: 50-51); en otras palabras –como señala García Inda-, luchan por imponer el “principio de dominación dominante” o “principio legítimo de dominación” (1997: 79). En el fondo, lo que puede estar en juego en esta lucha que desarrollan los agentes que dominan cada campo es, o directamente la conservación o transformación de lo que Bourdieu llama la *tasa de cambio* entre capitales, esto es, cuál de los que están en el juego logra imponer el suyo como capital dominante sobre el otro, o el poder sobre las *instancias burocráticas* que están en condiciones de modificar esa tasa de cambio mediante medidas administrativas (Bourdieu, 1997: 51). Pero como vimos antes, Bourdieu también plantea que la génesis del Estado está asociada a una paulatina acumulación de diversos tipos de capital que llevó a la formación de un capital propiamente estatal, una suerte de *meta capital* que es capaz de ejercer poder sobre los diferentes campos, agentes y formas de capital, y especialmente, sobre la tasa de cambios de estos. “...la elaboración del Estado va pareja con la elaboración del campo del poder entendido como el espacio de juego dentro del cual los poseedores de capital (de diferentes tipos) luchan particularmente por el poder sobre el Estado, es decir sobre el

---

<sup>143</sup> A partir de esta perspectiva podría fundamentarse una crítica al discurso meritocrático que suele instalarse en la discusión pública a la hora de definir políticas públicas en diversos ámbitos.



capital estatal que da poder sobre las diferentes especies de capital y sobre su reproducción (particularmente a través de la institución escolar)”. De esta cita no queda muy claro si Bourdieu identifica como lo mismo al campo de poder y al estatal, yo tengo la impresión que sin hacerlos sinónimos le reconoce al campo estatal un lugar preponderante como agente en el campo del poder, derivado del meta capital que detenta, pero quienes ocupen un lugar preponderante al interior del campo estatal se encuentran igualmente en competencia con otros agentes que aun sin hacerse del aparato estatal buscan influir en las políticas que éste emprende –iglesia, empresarios, organismos internacionales, etc.-

El análisis del campo del poder tiene consecuencias en relación a qué podemos entender como *dominación*, lo cual estará muy acorde a la perspectiva relacional de Bourdieu. Ya no será “...el efecto directo de la acción ejercida por un conjunto de agentes («la clase dominante») investidos de poderes de coacción”, sino más bien se trata del “efecto indirecto de un conjunto complejo de acciones que se engendran en la red de las coacciones cruzadas a las que cada uno de los dominantes, dominado de este modo por la estructura del campo a través del cual se ejerce la dominación, está sometido por parte de todos los demás.” (Bourdieu, 1997: 51). De esta manera, las relaciones de dominación que tengan lugar en un espacio social vendrán dadas por cuál sea la estructura de distribución del campo de poder en el que se encuentran luchando los agentes que ocupan posiciones de dominación en los distintos campos (García Inda, 1997: 80). Bourdieu señala que existe una homología estructural y funcional entre los diferentes campos y la estructura del espacio social (1992: 105): en cada uno hay dominantes y dominados, mecanismos de usurpación y de exclusión, mecanismos de reproducción, etc. similar al campo de poder, pero que toman la forma específica del campo de que se trate (1992: 106). Es decir, dentro de cada uno existirá una misma relación entre un polo dominante y un dominado (García Inda, 1997: 77). Esta homología estructural, entendida por García Inda como la clave de toda dominación (habla también de hegemonía), lleva a que cuando los agentes luchan por sus propios intereses en sus respectivos campos, estén, de cierta manera, luchando por los intereses de una clase (García Inda, 1997: 77-78). Es por esto, dice Buordieu, que se entiende que ciertas estrategias emprendidas por los agentes sean de doble golpe, es decir, que surtan efectos en diversos campos (1992: 106).

Aunque hemos destacado el campo social como un campo de lucha, de conflictos, de juego, conviene tener presente que junto con esta característica conflictual, definitoria de los campos sociales, existe también un cierto acuerdo tácito incuestionado en cuanto a la

legitimidad del mismo, es decir, a “...que el juego merece ser jugado” (1997: 141). Esto es, entre otras cosas, lo que Bourdieu trata de integrar en la noción de *Illusio*<sup>144</sup>, que debe entenderse como una condición y fruto del funcionamiento del campo (1997: 143) y que consiste en una “...forma de reconocimiento tácito del valor de los asuntos en juego y el dominio práctico de sus reglas.” (Bourdieu y Wacquant, 1992: 117). El juego es reconocido por quienes forman parte de él y la cuestión de si el juego vale la pena, ni se plantea: “Los juegos sociales son juegos que se hacen olvidar en tanto que juegos y la *illusio* es esa relación de fascinación con un juego que es fruto de una relación de complicidad ontológica entre las estructuras mentales y las estructuras objetivas del espacio social (...) [Los juegos] se encuentran importantes, interesantes, (...) importan porque han sido implantados e importados en la mente, en el cuerpo, bajo la forma de lo que se llama el sentido del juego”<sup>145</sup> (Bourdieu, 1997: 150-151).

El punto anterior nos permite introducir otro de los elementos fundamentales en el proyecto de Bourdieu: *el habitus*, que según él mismo reconoce, de sus conceptos fundamentales “...la piedra angular es la relación de doble sentido que existe entre las estructuras objetivas (las de los campos sociales) y las estructuras incorporadas (las de los *habitus*)”<sup>146</sup>. Refiriéndose a -la que llama- esta *oscura relación* entre estructura incorporadas y objetivas, Bourdieu define al *habitus* como “*sistemas perdurables y trasladables de esquemas de percepción, apreciación y acción que resultan de la institución de lo social en el cuerpo (o en los individuos biológicos)*”, y a los campos sociales como “*los sistemas de relaciones objetivas que son el producto de la institución de lo social en las cosas o en mecanismos que tienen prácticamente la realidad de objetos físicos*”<sup>147</sup> (1992: 126-127).

Aunque el concepto de *habitus* es bastante complejo y no puede ser analizado como es debido en este espacio, merece una mención, pues si los campos sociales abarcan el aspecto

---

<sup>144</sup> Este concepto lo trata a propósito del de Inversión, y está estrechamente relacionado con el de interés. Con *inversión* Bourdieu quiere hacer referencia “...a la propensión a actuar que nace de la relación entre un campo y un sistema de disposiciones ajustado al juego que propone, un sentido del juego y de lo que está en juego que implica al mismo tiempo una *inclinación* y una *capacidad* de jugar el juego, ambas por igual social e históricamente constituidas y no universalmente dadas. (Bourdieu y Wacquant: 1992: 118)

<sup>145</sup> Incluso las intenciones revolucionarias en un campo cualquiera significan admitir que lo que está en juego en ese campo es importante (Bourdieu, 1997: 142)

<sup>146</sup> Es por esta razón que Bourdieu señala que su filosofía, además de relacional, puede calificarse como *disposicional*, pues “...toma en consideración las potencialidades inscritas en el cuerpo de los agentes y en la estructura de las situaciones en las que éstos actúan o, con mayor exactitud, en su relación.” (1997: 7-8).

<sup>147</sup> Esa relación, más todo lo que nace de ella, esto es: prácticas, representaciones sociales y campos, en la medida en que se presentan como realidades percibidas y apreciadas, constituyen el objeto de las ciencias sociales (Bourdieu y Wacquant, 1992: 127)

objetivo desatacado desde el estructuralismo, el concepto de *habitus* viene a superar las insuficiencias de esa escuela al considerar los efectos que tienen las estructuras objetivas en el agente. Constituye –según García Inda- el elemento subjetivo de la metodología bourdieuiana, al enfocarse en la génesis de las estructuras mentales que condicionan y generan las prácticas (Bourdieu, 2000b: 13); Bourdieu en varias ocasiones lo define precisamente como lo social encarnado o subjetividad socializada (1992: 133, 127,128; 1997: 195). Con el concepto de *habitus*, Bourdieu busca explicar la práctica escapando “....tanto al objetivismo de la acción entendida como una reacción mecánica "sin agente", como al subjetivismo que retrata la acción como prosecución deliberada de una intención consciente, el libre proyecto de una conciencia postulando sus propios fines y maximizando sus utilidades a través de un cálculo racional” (1992: 120-121). Contra el materialismo positivista, Bourdieu postula que todo objeto conocimiento es construido y no pasivamente registrado, y contra el idealismo intelectualista, sostiene que esa construcción se hace en base a sistemas socialmente constituidos de disposiciones estructurada y estructurantes, que se adquieren en la práctica y que están dirigidos constantemente a funciones prácticas (1992: 121)<sup>148</sup>.

El *habitus* apunta al problema de la génesis del individuo biológico socializado, es decir, de las condiciones sociales de formación y adquisición de las estructuras de preferencia generativa. Los *habitus* –nos dice García Inda- “son el producto de las estructuras del entorno físico y afectivo, de la familia y la escuela, de las condiciones materiales de existencia y de clase (estructuras estructuradas), y a su vez son el principio que organiza todas las apreciaciones y actuaciones de los agentes que contribuyen a formar el entorno, de manera que condicionan, determinan u orientan las prácticas de los agentes de acuerdo a ese esquema (estructuras estructurantes)”. En tanto estructuras estructuradas son un *producto social*, y en

---

<sup>148</sup> En base al concepto de *habitus* Bourdieu critica la teoría de la acción racional, pues “...coloca la mente del científico que conceptualiza la práctica en el lugar del sentido práctico socialmente constituido del agente. El actor, tal como lo construye, no es otra cosa que la proyección imaginaria del sujeto cognoscente (*sujet connaissant*) en el sujeto actuante (*sujet agissant*), una especie de monstruo con cabeza de pensador pensando su práctica de una manera reflexiva y lógica, montada sobre el cuerpo de un hombre de acción envuelto en la acción (...) no reconoce nada salvo "respuestas racionales" a oportunidades potenciales o reales de un agente que es tan indeterminado como intercambiable. Su "antropología imaginaria" busca fundar la acción, sea "económica" o no, en la elección intencional de un actor económica y socialmente incondicionado. Esta concepción estrecha, economicista, de la "racionalidad" de las prácticas, ignora la historia individual y colectiva de los agentes a través de la cual las estructuras de preferencia que los habitan son constituidas en una compleja dialéctica temporal con las estructuras objetivas que los produjeron y que ellos tienden a reproducir.” (1992: 123). Y más adelante señala “... olvida —y oculta— el hecho de que el *habitus* "racional", mejor dicho razonable, que es la precondition de una práctica económica adecuada, es el producto de una condición económica particular, definido por la posesión de un capital económico y cultural mínimo necesario para percibir y sopesar las "oportunidades potenciales" formalmente ofrecidas a todos” (1992: 124).

tanto estructuras estructurantes, un *productor* social<sup>149</sup>. En este sentido, el *habitus* puede entenderse como un *sistema de competencias sociales* “...que implica doblemente, en tanto competencia, de un lado una capacidad práctica de acción y de otro un reconocimiento social para ejercerla” (García Inda, 2000b: 26-27)<sup>150</sup>. Nos recuerda también García Inda, que es posible hablar de un *habitus de clase* y entenderlo simplemente como la clase incorporada, como el producto de una serie de condiciones de existencia y condicionamientos idénticos y semejantes, de lo que se entiende que para construir una clase social debemos recurrir al *habitus* en que ella se objetiva, entendiendo en definitiva por clase social a una clase de individuos biológicos dotados del mismo *habitus*, como sistema de disposiciones común a todos los productos de los mismos condicionamientos. (Bourdieu, 2000b: 30).

Aunque en base al concepto de *habitus* Bourdieu critica la teoría de la acción racional, advierte dos cosas: primero, que no debe confundirse el *habitus* con el *inconsciente estructuralista*, pues como señala García Inda, aunque el *habitus* en mayor parte se adquiere de manera inconsciente, no todo lo inconsciente o espontáneo es *habitus* (Bourdieu, 2000b: 27); y segundo, que aunque el *habitus* explica gran parte de la práctica como una cuestión espontánea o inconsciente, las líneas de acción sugeridas por el *habitus* pueden estar acompañadas por un cálculo estratégico de costos y beneficios, el “...que tiende a desempeñar en el nivel consciente las operaciones que el *habitus* desempeña a su manera”. Principalmente en épocas de crisis, nos

<sup>149</sup> Para ver un ejemplo del *habitus* como producto y productor de géneros, ver Bourdieu y Wacquant (1992: 171). Para el *habitus* como productor de maneras de hablar, ver del mismo libro (1992: 145).

<sup>150</sup> La praxeología y epistemología de Bourdieu presentan interesantes coincidencias con los desarrollos que en neurociencias llevó a cabo Francisco Varela, pues para éste, es el proceso continuo de la vida el que va modelando nuestro mundo “...en un ida y vuelta entre lo que describimos, desde nuestra perspectiva perceptiva, como limitaciones externas y actividad generada internamente.” (2005: 102). Para Varela, todo lo que denominemos objeto depende constantemente de una manipulación sensoriomotriz “El objeto surge como fruto de nuestra actividad, por lo tanto, tanto el objeto como nuestra persona están co-emergiendo, co-surgiendo” (2000: 240). Es el énfasis en la acción y no en la representación, como plantea el cognitivismo, lo que hace más adecuado el nombre de *enactivo* para esta perspectiva (2005: 90) [Para una explicación del enfoque cognitivista, ver Varela (1997: 61 y ss.)]. Los mundos en que vivimos no son preexistentes y luego representados en nuestras mentes, sino activados, traídos a un primer plano y siempre dentro de un contexto. “No existe nada como una mente separada del cuerpo – dice Varela-, ésta se encuentra totalmente encarnada o inscrita corporalmente, de cierta manera, envuelta en el mundo. Lo que juzgamos como relevante en el mundo no son cuestiones predefinidas, sino enactuadas: se la hace emerger desde un trasfondo, y lo relevante es lo que nuestro sentido común juzga como tal siempre dentro de un contexto” (2005: 89). Por sentido común -dice Varela, en términos similares a Bourdieu pero integrando un aspecto biológico excluido por el sociólogo- debemos entender *simplemente nuestra historial corporal y social* (2000: 207). Así, el conocimiento es inseparable de nuestros cuerpos, lenguaje, historia social, y manipulación del entorno. Más que una representación, el conocimiento “es una interpretación de carácter continuo que no puede fijarse adecuadamente en un conjunto de normas y suposiciones, una cognición recogida por imitación y que pasa a ser parte de una cognición preexistente dado que es materia de acción e historia.” (2000: 206). Nos es imposible pretender pararnos fuera del mundo para apreciar si sus contenido coinciden con las representaciones, “siempre habremos estado ya inmersos en él”, dice Varela (2000: 206). La interpretación surge como una actividad circular que eslabona en un círculo indisociable a la acción y el conocimiento, al conocedor y lo conocido. El mundo es de cierta manera modelado por esta total circularidad entre acción e interpretación (Varela, 2005: 90-91).

dice Bourdieu, donde el ajuste habitual entre estructuras subjetivas y objetivas sufre un quiebre brutal, se dan las circunstancias para que efectivamente la “opción racional” pueda volverse predominante (Bourdieu y Wacquant, 1992: 131).

Los *habitus* se caracterizan por ser sistemáticos, durables y transferibles. La *sistematicidad* del *habitus* puede resumirse en palabras de García Inda del siguiente modo: “el *habitus* es un sistema de disposiciones (resultado de un sistema de condiciones) que actúa de forma sistemática y universal en todas nuestras prácticas, lo que quiere decir que origina a su vez productos sistemáticos, estilos de vida que pueden ser percibidos en sus relaciones mutuas según los esquemas y los principios del *habitus*, y que devienen “sistemas de signos socialmente calificados”. Es decir, que las elecciones que son orientadas o dirigidas por el *habitus* no son prácticas incoherentes y desorganizadas, sino que forman un sistema lógico, aunque su lógica, insistamos una vez más, no sea la de una lógica racional sino la de la razonabilidad del *habitus*.” (2000b: 31). La característica de *sistematicidad* del *habitus* es a la vez producto de su durabilidad y transferibilidad, lo que no quiere decir que sea inmutable o se afirme un cierto determinismo en relación al *habitus*. Bourdieu aclara que se trata de un *sistema abierto de disposiciones* que está constantemente expuesto a experiencias y que se ve afectado por ellas, de lo que resulta un reforzamiento o modificación de sus estructuras. “¡Es perdurable pero no eterno!” –señala-, y puede ser modificado, tanto por el campo, como por el socioanálisis y autotrabajo que permita al agente comprender, cuestionar y manipular sus disposiciones (Bourdieu y Wacquant, 1992: 133). Pero aun una vez cesadas las estructuras objetivas que lo engendran, el *habitus* puede continuar produciendo los efectos que le son propios, y a esa pervivencia Bourdieu la llama el *efecto de histéresis* del *habitus*, que es lo que permite explicar los casos de discrepancias entre éste y el campo (1992: 130). Nosotros mencionábamos este concepto antes en relación a una de las posibles razones por las cuales una norma podía no lograr eficacia instrumental y sólo derivar en una simbólica, aunque no toda ineficacia instrumental, evidentemente, significa eficacia simbólica.

Aclarado qué puede entenderse por *habitus* y *campo*, podemos pasar a precisar cómo es que puede operar la relación entre ambos conceptos. Bourdieu sostiene que es de dos maneras: por un lado, es una relación de *condicionamiento*, “el campo estructura al *habitus*, que es el producto de la encarnación de la necesidad inmanente de un campo (o de un conjunto de campos que se intersectan, sirviendo la extensión de su intersección o de su discrepancia como raíz de un *habitus* dividido o incluso roto)”; por otro lado, es una relación de *conocimiento* o de

*construcción cognitiva*, “el *habitus* contribuye a constituir el campo como un mundo significativo, dotado de sentido y valor, donde vale la pena invertir la propia energía.”. De esta doble relación se siguen a su vez dos cosas: a) que la relación de *conocimiento* depende de la relación de *condicionamiento* que le precede y que modela las estructuras del *habitus*, y b) que la ciencia social es necesariamente un “conocimiento de un conocimiento” y debe hacer lugar a una fenomenología sociológicamente fundada de la experiencia primaria del campo o, para ser más preciso, de las invariantes y variaciones de la relación entre diferentes tipos de campos y diferentes tipos de *habitus*.” (Bourdieu y Wacquant, 1992: 127)<sup>151</sup>.

Cuando el *habitus* tiene lugar en el *campo* de cuyo funcionamiento es producto se siente como “pez en el agua”, no advierte el peso del agua y da el mundo que le rodea por sentado (Bourdieu y Wacquant, 1992: 127). Frente a condiciones objetivas similares o idénticas a aquellas de las cuales es producto, el *habitus* se adapta al campo sin ningún tipo de búsqueda consciente de adaptación intencional, “pudiéndose decir que efecto de *habitus* y efecto de campo son redundantes”, pero incluso en tal caso, la noción de *habitus*, aunque prescindible, tiene la virtud de “...hacer a un lado las interpretaciones en términos de “elección racional” que el carácter “razonable” de la situación parece garantizar”<sup>152</sup> (Bourdieu y Wacquant, 1992: 129). Cuando en cambio, el *habitus* no coincide con las condiciones objetivas, Bourdieu recurre al concepto de *histéresis* para explicar cómo es que un *habitus* continúa vigente si ya han cesado las condiciones que lo posibilitaron, como ocurre, por ejemplo, en la coyunturas históricas revolucionarias, donde el cambio en las condiciones objetivas es tan fuerte que puede decirse de esas personas moldeadas bajo la antigua estructura que ellas están fuera de ciclo. De la dialéctica continua entre esperanzas subjetivas y oportunidades objetivas pueden aparecer una variedad de resultados, que van desde la perfecta adecuación mutua (la gente desea aquello a lo que está objetivamente destinada), hasta la dislocación radical (1992: 130)<sup>153</sup>.

Finalmente, antes de pasar a conceptualizar qué se entiende por campo jurídico, el que no es sino una especie de campo social, y ya aclarada en términos generales la teoría de los

---

<sup>151</sup> Esto debe tomarse con cierta precaución y no derivar de ellos una crítica de confusión

<sup>152</sup> El mundo me aparece como autoevidente porque yo le aplico las categorías de pensamiento que él ha producido. En la relación entre *habitus* y campo –señala Bourdieu– la historia entra, de cierta manera, en relación consigo misma “...una complicidad ontológica genuina, como sugirieron Heidegger y Merleau-Ponty, prevalece entre el agente (que no es un sujeto, una conciencia ni el mero ejecutante de un papel, el soporte de una estructura o actualización de una función) y el mundo social (que nunca es una mera “cosa”, aun cuando deba ser construido como tal en la fase objetivista de la investigación)” (1992: 128).

<sup>153</sup> Antes hemos señalado el método que sugiere Bourdieu para un cambio en el *habitus* al margen de las condiciones sociales objetivas, el cual o es muy lejano a un análisis fenomenológico.

campos sociales de Bourdieu y su otro pilar fundamental, el habitus, resulta útil señalar a través de qué pasos, según Bourdieu, se realiza un análisis en términos de campo. Un análisis de campo implica tres momentos íntimamente relacionados: primero, debe analizarse la posición del campo frente al campo del poder –si es dominante o dominado en dicho campo–; segundo, debe elaborarse un mapa de la estructura objetiva de las relaciones entre las posiciones ocupadas por los agentes o instituciones que compiten por la forma legítima de autoridad específica del campo; y tercero, deben analizarse los habitus de los agentes, los diferentes sistemas de disposiciones que han adquirido al internalizar un determinado tipo de condición social y económica, condición que encuentra en su trayectoria dentro del campo oportunidades más o menos favorables de ser actualizada (1992: 104-105).

**2) El campo jurídico:** Bourdieu lo define como “...el lugar de una concurrencia por el monopolio del derecho de decir el derecho, esto es, la buena distribución (nomos) o el buen orden en el que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, que consiste esencialmente en la capacidad socialmente reconocida de interpretar (de manera más o menos libre o autorizada) un corpus de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social.” (2000b: 169). Más que al Derecho, Bourdieu toma como objeto a la ciencia del Derecho<sup>154</sup>, y lo hace con la finalidad de trascender el debate entre formalismo<sup>155</sup> e instrumentalismo<sup>156</sup> que la domina: el primero, afirma la autonomía absoluta de la forma

---

<sup>154</sup> Para Bourdieu, una ciencia del Derecho rigurosa se distingue de lo que de ordinario se denomina ciencia jurídica en que toma a ésta última por objeto (Bourdieu, 2000b: 165).

<sup>155</sup> Luis Lloredo, explicando los diferentes antiformalismos, define al formalismo jurídico como “aquellas teorías jurídicas que intentan ofrecer un concepto de derecho sin verter consideraciones morales, sociales, políticas o culturales” (2013: ....) Para Bourdieu, la perspectiva formalista concibe al Derecho como un sistema cerrado y autónomo, cuyo desarrollo sólo puede ser comprendido según su dinámica interna: “La reivindicación de la autonomía absoluta del pensamiento y de la acción jurídicas se afirma en la constitución en teoría de un modo de pensamiento específico totalmente eximido del pensamiento social” Esta “ideología profesional del cuerpo de doctores” (2000b: 166) constituida en cuerpo de doctrinas, considera a ésta y las reglas totalmente independiente de sujeciones y presiones sociales, ellas tendrían en sí mismas su propio fundamento. Para Bourdieu, cuando Kelsen autolimita su investigación sólo al enunciado de las normas y excluye todo dato histórico, psicológico o social, y *toda referencia a las funciones sociales que puede asegurar la puesta en escena de esas normas*, hace algo muy parecido a Saussure, que funda su teoría pura de la lengua sobre la distinción entre la lingüística interna y la lingüística externa, es decir, excluye toda referencia a las condiciones históricas, geográficas y sociológicas de funcionamiento de la lengua o de sus transformaciones (2000b: 166).

<sup>156</sup> Desde esta perspectiva sostenida por marxistas estructuralistas como Althusser –sostiene Bourdieu–, se ve al Derecho como un reflejo directo de las relaciones de fuerza existentes, donde se expresan las determinaciones económicas, y en particular los intereses de los dominantes. Para Bourdieu, el error de esta perspectiva pasa por centrarse sólo en la función de la ideología y haber omitido “...paradójicamente la estructura de los sistemas simbólicos y, en particular, la forma específica del discurso jurídico (...) Al haber reiterado la afirmación ritual de la autonomía relativa de las “ideologías” han omitido plantear la cuestión de los fundamentos sociales de esa autonomía; es decir, más concretamente, la cuestión de las condiciones históricas que deben producirse para que

jurídica en relación al mundo social, mientras que el segundo, concibe al Derecho como un reflejo o una herramienta al servicio de los dominantes (2002b: 165). Lo que pretende el autor es aprehender en su especificidad el universo social específico en que el Derecho se produce y ejerce para dar cuenta de la contribución que la propia forma jurídica presta para la realización de sus funciones. Para transitar por el medio de las visiones internalista y externalista, Bourdieu propone considerar lo que ambas ignoran: "...la existencia universo social relativamente independiente en relación a las demandas externas en cuyo interior se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima cuyo monopolio pertenece al Estado y que puede servirse del ejercicio de la fuerza física" (2000b 167-168). De esta manera, los discursos y prácticas jurídicas se entienden como el resultado del funcionamiento del campo, cuya lógica viene doblemente determinada: por un lado, por las relaciones de fuerza específicas que le confieren su estructura y que orientan los conflictos de competencia que tienen lugar en el Derecho, y por otro lado, por la lógica interna de las obras jurídicas que, al delimitar en cada momento el espacio de lo posible, delimitan el universo de soluciones propiamente jurídicas. (2000b: 168)

Para Bourdieu, la superación del *juridicismo* que explica las prácticas únicamente a partir de las reglas, pasa por una comprensión práctica de las mismas reglas. Como explica García Inda, existe una verdadera reciprocidad entre práctica y regla: la práctica es una continua interpretación y reinterpretación de lo que significa la segunda, y la regla es sólo lo que la práctica hace de ella, "...no existe regla que no funcione activada por una suerte de "sentido desarticulado que se encuentra codificado en el cuerpo", es decir, el habitus (...) En el habitus reside, incorporado, ese sentido o comprensión (understanding) que hace que las reglas operen como modelos razonados para la acción..." (2000b: 41-42). Por tanto, en el origen y orientación de las prácticas juega un rol *primario* el habitus y *secundario* la regla: la acción obedecería a una lógica práctica. Esto no equivale a negar la eficacia específica de la regla en la orientación y hasta en la génesis de las conductas, sólo que ella se ejerce siempre mediada por el habitus (García Inda en Bourdieu, 2000b: 44); es decir, en la medida, y sólo en la medida – afirma Bourdieu-, en que el Derecho encuentra un cierto acuerdo tácito y parcial que lo hace

---

pueda emerger, a favor de las luchas en el seno del campo de poder, un universo social autónomo capaz de producir y reproducir, por la lógica de su funcionamiento específico, un corpus jurídico relativamente independiente de las coacciones externas" (2000b: 166-167). Para analizar el concepto de ideología de Althusser y su escuela, puede verse (Larraín, 2008: 123-176)



reconocido socialmente (2000b: 205).<sup>157</sup> Para García Inda, la eficacia de la regla está mediada por el habitus y el interés del agente –que para él, es lo mismo que planteaba Weber-: se puede negar la eficacia primaria de la regla afirmada por el juridicismo –sostiene- sin negar que exista un interés en estar en regla, en presentar intereses individuales bajo la forma reconocida como universal, es decir, un interés en poner al Derecho de nuestra parte. Pero esta eficacia de la norma no deriva de la observancia de sus contenidos normativos, sino de su propia forma simbólica reconocida-desconocida por los agentes. De esta manera, Bourdieu está sosteniendo que el Derecho no es la razón de ser exclusiva ni principal de las prácticas, lo que no quiere decir que no aporte una racionalidad específica a la génesis de esas mismas, sólo que ella reside sobre todo en su capacidad o fuerza simbólica (2000b: 46), la que únicamente puede ejercerse con la complicidad de los agentes, “tanto más segura cuanto más inconsciente”. El Derecho –forma por excelencia del discurso legítimo- no puede ejercer su eficacia específica más que en la medida en que obtenga reconocimiento a costa del desconocimiento de la proporción más o menos amplia de arbitrariedad que está en el principio de su funcionamiento (Bourdieu, 2000b: 210); es decir, ejerce sus funciones sólo en la medida –diríamos nosotros- en que tenga un eficacia simbólica general.

Los agentes del campo jurídico compiten<sup>158</sup> con el objeto de apropiarse del poder simbólico de nominación que caracteriza al Derecho<sup>159</sup>: él crea las cosas nombradas y los grupos por el sólo hecho de nombrarlas. El Derecho –sostiene Bourdieu- “...confiere a esas realidades surgidas de sus operaciones de clasificación toda la permanencia, la de las cosas, que una institución histórica es capaz de conferir a instituciones históricas” (2000b: 202). La ilusión

---

<sup>157</sup> Bourdieu explica que “la relación de los habitus a la regla o a la doctrina es la misma [que] en el caso de la religión, donde es tan falso imputar las prácticas al efecto de la liturgia o el dogma (por una sobrevaluación de la eficacia de la acción religiosa que es el equivalente del juridicismo) que ignorar ese efecto imputándolas completamente al efecto de las disposiciones, e ignorando de paso la eficacia de la acción el cuerpo de clérigos” (2000b: 205)

<sup>158</sup> Bourdieu es claro en señalar que no todo es competencia entre los agentes que detentan especies diferentes de capital jurídico, los que aunque le confieren intereses y visiones del mundo muy diferentes en su trabajo específico de interpretación (pensemos en las posiciones objetivas ocupadas por teóricos del Derecho, jueces, fiscales y legisladores) no conducen siempre a posiciones antagónicas. Puede observarse –sostiene Bourdieu- “...complementariedad de funciones y [que] en realidad sirve de base para una forma sutil de división del trabajo de dominación simbólica en la cual los adversarios, objetivamente cómplices, se favorecen mutuamente. (2000b: 178). Hasta el más simple juez de instancia y hasta los policías funcionarios de prisiones –sostiene Bourdieu- están ligados al teórico de Derecho puro y al constitucionalista por una especie de cadena de legitimidad que permite apreciar sus actos como distintos de la violencia arbitraria (2000b: 179)

<sup>159</sup> La lucha de los diferentes actores jurídicos, señala Bourdieu, tiene por objeto “...el monopolio del poder de imponer el principio universalmente reconocido del conocimiento del mundo social, el nomos como principio universal de visión y división (*nemo* significa separar, dividir, distribuir), principio pues de *distribución legítima*” (2000b: 200)

de neutralidad, de universalidad, de autonomía, de desinterés incluso (bajo la idea "interés general" o justicia), que configura sus discursos –sostiene García Inda-, y que subyace a toda la lógica de la objetivación en que consisten las prácticas codificadoras (dar forma: poner formas y poner en formas), transforma a la autoridad jurídica en la “...forma por antonomasia del poder simbólico, el poder del nombramiento y la institución, de la representación, el poder para construir socialmente, para otorgar importancia social”. El derecho, desde este punto de vista, es la objetivación de la visión dominante reconocida como legítima, representa la visión legítima del mundo avalada por el Estado. La razón jurídica es ilusión e interés, en el doble sentido que Bourdieu da a estos términos “por un lado, a un mismo tiempo espejismo y poder motivador del juego; por otro inversión e inmersión en el juego.” (García Inda en Bourdieu, 2000b: 40)

La forma en que el Derecho resuelve los conflictos pasa por la aplicación de su poder de nominación; proclama públicamente lo que *son realmente* las personas y las cosas en tanto legítimo representante de la palabra autorizada por excelencia: “palabra pública, oficial, que se enuncia en nombre de todos y en presencia de todos”. Los actos en el Derecho pertenecen a la categoría de actos de nominación o de institución, son verdaderos juicios de atribución que son públicamente formulados por agentes que actúan bajo una supuesta representación o autorización de una colectividad y se constituyen así en modelo de todos los actos de categorización (Bourdieu, 2000b: 201).<sup>160</sup>

De esta manera, el discurso jurídico debe ser apreciado como un discurso activo, capaz de producir efectos por su propia virtud; siendo producto del mundo social también contribuye activamente a crearlo. Los esquemas de percepción en base a los que construimos el mundo social son productos de un trabajo histórico colectivo de las mismas estructuras de ese mundo, y operan siempre dentro de los límites de su correspondencia con esas estructuras. Bourdieu señala “En la medida, y únicamente en la medida, en que proponen principios de visión y división objetivamente ajustados a las divisiones preexistentes de las que son producto, los actos simbólicos de nominación tienen toda su eficacia de enunciación creativa que, consagrando lo que enuncia, lo lleva a un grado de existencia superior, plenamente consumado, el de la institución instituida.” (2000b: 203). Las representaciones engendradas a partir del Derecho tienen el efecto simbólico de consagrar el orden establecido y sólo triunfan en la medida en que

---

<sup>160</sup> Respecto de la sentencia Bourdieu señala que se trata de enunciados performativos, verdaderos actos mágicos que logran sus objetivos porque son capaces de hacerse reconocer universalmente, sin que nadie pueda rechazar o ignorar el punto de vista impuesto a través de ellos (Bourdieu, 2000b: 201).

están bien fundadas en la realidad<sup>161</sup> y en la medida en que “...esa fuerza propiamente simbólica de legitimación o, mejor, de naturalización (siendo lo natural aquello cuya legitimidad no se cuestiona), recubre y redobra la fuerza histórica inmanente que su autoridad y su autorización refuerzan o liberan.” (2000b: 204)

Los distintos agentes jurídicos han incorporado y reforzado mediante su propio *habitus* las creencias en un fundamento trascendental de las formas históricas de la razón jurídica y en la visión del orden social que ellos producen (2000b: 172). Por una parte, los juristas y teóricos tienden a tomar al Derecho en el sentido de la teoría pura: sistema autónomo, ordenado, coherente y autosuficiente; por otra parte, los jueces ordinarios y otros operadores prácticos - que en la aplicación al caso concreto oponen a los tratados teóricos de Derecho puro, instrumentos de trabajo adaptados a las exigencias y la urgencia de la práctica (2000b: 181)- requieren igualmente revestir sus fallos de las normas formalizadas a fin de diferenciarse de la mera arbitrariedad, pues existen ciertas normas y principios que deben respetarse y que son los que le confieren autoridad a las decisiones<sup>162</sup> (2000b: 171). Los *habitus* espontáneamente orquestados se ven redoblados por la acción de un cuerpo jerarquizado que pone en práctica los procedimientos codificados de resolución reglada de conflictos (2000b: 171-172). Para Bourdieu, el trabajo de racionalización<sup>163</sup> que ha experimentado el Derecho durante siglos, contribuye a que la retórica de la autonomía, neutralidad y universalidad, lejos de ser una simple máscara ideológica, sea *la expresión misma* de todo el funcionamiento del campo jurídico (2000b: 174).

---

<sup>161</sup> A esto Bourdieu lo llama un nominalismo realista, intentando diferenciarse así de Foucault a quien imputa un nominalismo radical. Para Bourdieu debe dejarse sentado definitivamente que producimos las categorías sobre las cuales construimos el mundo social y esas categorías son las que construyen ese mundo, lo cual, según Bourdieu, Foucault no consideraría siempre correctamente (2000b: 202).

<sup>162</sup> Es lo que Bourdieu denomina el canon jurídico, que actúa como la reserva de autoridad que garantiza, a la manera de un banco central, la autoridad de los actos jurídicos singulares. Eso explica -a su juicio- “...la débil inclinación del *habitus* jurídico a las actitudes y posturas proféticas y, al contrario, la visible propensión, particularmente entre los jueces, al papel de lector, de intérprete” (2000b: 179)

<sup>163</sup> Bourdieu está haciendo referencia a Weber, para quien, las condiciones que han llevado a la racionalización del Derecho son de dos tipos: internas y externas. Como condición interna, Weber sitúa el conocimiento especializado de los juristas que pueden influir profesionalmente en la formación del Derecho. La pretensión técnico jurídica de construir el hecho jurídicamente exento de cualquier contradicción, llevó a la concepción del Derecho que hoy domina: “un complejo compacto de normas, lógicamente exento de contradicción y de lagunas, que debe ser aplicado; y esa concepción resultó ser la única decisiva para el pensamiento jurídico.” (Weber, 2008: p. 635). En las condiciones externas -reconociéndoles una incidencia directa-, destaca los factores políticos que comprenden la separación entre Estado e Iglesia, con la consecuente separación definitiva entre derecho sacro y derecho divino; la reunión en el príncipe de los privilegios estamentales; y la burocratización del Estado moderno, concentrando los medios materiales de dominación hasta lograr su disposición total, con funcionarios autónomos separados enteramente de ellos (2008: p. 1061). Weber le reconoce a los factores externos económicos una incidencia indirecta, pues -a su juicio- el capitalismo descansa internamente, ante todo, en el cálculo (2008: 1061).

Lo que tradicionalmente entendemos por eficacia del Derecho presupone un reconocimiento del orden por parte de sus operadores e imperados, lo cual –como dijimos– significa también un desconocimiento de la proporción más o menos amplia de arbitrariedad que está en el principio de su funcionamiento (2000b: 209). A esto nosotros lo hemos denominado la eficacia simbólica general sobre la que operan las funciones que pueda desempeñar el Derecho, y especialmente, la que nosotros postularemos *como hipótesis* que podría estar operando en los casos que nos planteamos estudiar: la simbólica<sup>164</sup>. A la reproducción de esta eficacia contribuye principalmente el mecanismo de universalización (2000b: 213), que debe relacionarse necesariamente con el trabajo de puesta en forma y en fórmula efectuado por los juristas, pues esa creencia tácitamente otorgada al orden jurídico debe ser reproducida sin cesar y –como señala Bourdieu– “...una de las funciones del trabajo propiamente jurídico de codificación de las representaciones y de las prácticas éticas es contribuir a fundar la adhesión de los profanos a los fundamentos mismos de la ideología profesional del cuerpo de juristas, a saber, la creencia en la neutralidad y la autonomía del derecho y los juristas” (2000b: 210). Es mediante la sistematización y la racionalización a las que someten las leyes y las decisiones jurídicas que se fundan en ellas, que se le confiere el sello de la universalidad al Derecho<sup>165</sup> y se legitima un punto de vista sobre el mundo social que no se opone en nada decisivo al punto de vista de los dominantes. Mediante esta universalización, característica del campo jurídico, se obtiene una universalización práctica, es decir, “[una] generalización en las prácticas de un modo de acción y expresión...” (2000b: 212). Se impone una representación de normalidad que se mide en base a la norma, en referencia a la cual las prácticas diferentes aparecen como desviadas o anómicas, o sea, anormales y patológicas<sup>166</sup> (2000b:214). Es por todo esto que se entiende que en sociedades diferenciadas el efecto de universalización sea el mecanismo más poderoso a través de los cuales se ejerce la dominación simbólica, o si se prefiere –señala Bourdieu–, la imposición de la legitimidad de un orden social (2000b: 213).

Si se observa el funcionamiento de un campo jurídico, se aprecia que el lenguaje jurídico funciona como límite excluyente de ese espacio: al existir toda una competencia

---

<sup>164</sup> Aunque ya lo he hecho antes, destaco nuevamente el carácter de hipótesis que, hasta ahora, podemos reconocerle a la función simbólica, pues como vimos en relación al análisis funcional –y que fue, de hecho, uno de los aspectos que rescatábamos de él– no podemos hablar en sentido estricto de funciones sino cuando son el resultado de un análisis socio-jurídico concreto de una determinada realidad social.

<sup>165</sup> Para Bourdieu, no hay duda que la pretensión de universalidad del trabajo de formalización efectuado por la doctrina y del procedimiento judicial, contribuyen a fundar su universalidad práctica (2000b: 209).

<sup>166</sup> Especialmente –señala Bourdieu– cuando la “medicalización” viene a justificar la “juridización” (2000b: 214)

propriadamente jurídica, un dominio técnico de un saber erudito, se produce una descalificación del sentido de equidad de los no especialistas y se margina su construcción espontánea de los hechos, su “visión del asunto”. Este desfase de visiones no tiene nada de accidental, es constitutivo de una relación de poder que funda dos sistemas diferentes de presupuestos, de intenciones expresivas, “dos visiones del mundo”. La desposesión de los hechos respecto de las condiciones materiales en que acontecen es consecuencia de la estructura misma del campo y del sistema de principios de visión y división que impone la adopción de una postura global, particularmente en materia de lenguaje, y en la que sólo son competentes los operadores jurídicos constituidos en un habitus particular (2000b: 187)<sup>167</sup>. Así, la situación judicial aparece como un lugar que produce “...una verdadera neutralización de las posturas a través de la desrealización y el distanciamiento implicados en la transformación del enfrentamiento directo de los interesados en diálogo entre mediadores” (2000b: 188)<sup>168</sup>. En -y a través de- el campo judicial tiene lugar una transmutación: de un conflicto entre partes que son directamente interesadas, se pasa a un debate jurídicamente reglado, entre procuradores profesionales que tienen en común un conocimiento y reconocimiento de las reglas del juego jurídico, es decir, de las leyes del campo escritas y no escritas, “...aquellas que es preciso conocer para triunfar sobre la letra de la ley” (2000b: 190-191)<sup>169</sup>.

La *significación práctica de la ley* se determina realmente –según Bourdieu- en la confrontación entre diferentes agentes ubicados en posiciones estructurales divergentes dentro del campo y con intereses específicos también divergentes (2000b: 176). Pero esto no nos

---

<sup>167</sup>Este parece un marco adecuado desde el cual examinar, en un futuro, el mecanismo de *consulta indígena* previsto en el Convenio 169 de la O.I.T., intentando develar los aspectos complejos de dominación que pueden estar involucrados en un uso simbólico emancipatorio de ésta.

<sup>168</sup>En el Derecho –sostiene Bourdieu- el efecto de neutralización se obtiene mediante un conjunto de rasgos sintácticos, como: “...el predominio de las construcciones pasivas y de los giros impersonales apropiados para subrayar la impersonalidad de la enunciación normativa y para hacer del emisor un sujeto universal, a la vez imparcial y objetivo. El efecto de universalización se obtiene a través de diferentes procedimientos convergentes: el recurso sistemático al indicativo para enunciar las normas”; el empleo de los verbos conjugados en tercera persona del singular del presente o del pretérito perfecto expresando el hecho consumado (“ acepta”, “confiesa”, “se compromete”, “ha declarado”, etc.) propio de la retórica de las actas oficiales y del proceso verbal; el uso de indefinidos (“todo condenado” ... ) y del presente intemporal (o del futuro jurídico) aptos para expresar la generalidad y la omnitemporalidad de la regla de derecho; la referencia a valores transubjetivos que presuponen la existencia de un consenso ético (por ejemplo, el del “buen padre de familia”); o el recurso a fórmulas lapidarias y a formas fijas que dejan poco espacio a las variaciones individuales” (2000b: 173-174).

<sup>169</sup>Más adelante volveremos a referirnos a cómo estos mismos aspectos son destacados por el *constructivismo radical* de Martínez García cuando habla de la *construcción jurídica de los hechos*, aunque la perspectiva que aquí buscamos asumir se aleja de la de Martínez, quien devela estos mecanismos con envidiable agudeza intelectual, pero realizando un análisis más bien descriptivo del funcionamiento del Derecho, y menos crítico de los fines a que por su carácter instrumental puede estar dirigido, lo que permitiría -a mi juicio- reprocharle un cierto formalismo a su enfoque. Ver apartado *presupuestos relativos al lenguaje* en este trabajo.

puede llevar a pensar que basta apreciar exclusivamente el funcionamiento interno del campo jurídico para determinar la significación práctica de la ley. Y esto Bourdieu lo afirma no sólo en la secuencia de pasos en que -según analizamos en el apartado anterior- debe realizarse cualquier estudio de campo social; a propósito del mismo campo jurídico lo reitera afirmando que, así como los principios prácticos o las reivindicaciones éticas que los juristas someten a la formalización y generalización no surgen en cualquier lugar del espacio social (recordar las relaciones de los campos con el campo de poder), tampoco la manera en que se aplica el Derecho es sólo responsabilidad de tal o cual magistrado singular, sino de todo el conjunto de agentes que en concurrencia proceden a la identificación y marca del delincuente y del delito. En el ámbito legislativo, tampoco es el redactor de la ley el verdadero legislador “sino el conjunto de los agentes que, determinados por los intereses y las sujeciones específicas asociadas a sus posiciones en campos diferentes (campo jurídico, pero también campo religioso, campo político, etc.), elaboran aspiraciones o reivindicaciones privadas y oficiosas, las elevan al estado de “problemas sociales”, y organizan las expresiones (artículos de prensa, obras, manifestaciones, peticiones, marchas, etc.) destinadas a “hacerlas avanzar””. Lo que consagra el trabajo jurídico mediante su técnica de generalización y universalización, pero también en sentencias, dictámenes, etc. es el resultado de toda esta imbricada red de construcción y formulación de discursos y representaciones, producto de dinámicas que involucran a agentes pertenecientes a diversos campos (2000b: 215). Así, por ejemplo, si pensáramos en el conflicto mapuche y la invocación reiterada de la ley antiterrorista por parte del gobierno en causas relacionadas con protesta social y reivindicación territorial, y sólo atendiéramos al funcionamiento interno del campo jurídico, nos veríamos obligados a sostener, ante las reiteradas sentencias absolutorias dictadas por los tribunales, que éstos han logrado imponer su visión del Derecho frente a los actores políticos y el gobierno, y que en consecuencia la significación práctica de la ley decanta en una visión del mundo en que el mapuche aparece como no terrorista. Sin embargo, si incluyéramos en el análisis la profusión mediática que tienen las invocaciones de la norma en cuestión, el tratamiento que de los hechos se hace -siempre bajo el rótulo de atentados terrorista-, la poca difusión de las sentencias absolutorias, la representación que de los hechos se hacen los espectadores, etc. nos veríamos obligados a incluir en el análisis el efecto del *doble juicio*<sup>170</sup>, y apreciaríamos que

---

<sup>170</sup> Para diversos estudios sobre la incidencia de los juicios paralelos en la presunción de inocencia, ver el libro coordinado por Ana María Ovejero (2013).

*prácticamente*, la significación del proceso y la norma ha conducido, pese a la sentencia absolutoria, a la estigmatización como terrorista de un actor social, con los evidentes beneficios políticos que puede reportar esto a la hora de discutir otros temas complejos, por ejemplo, el de autonomía política. Luego, resulta importante tener siempre presente que la significación práctica de la ley no deriva necesariamente de la aplicación, desarrollo u observancia de sus contenidos normativos, cuestiones atinentes a los agentes del campo jurídico, sino que se construye de muy diversas maneras y por dinámicas que trascienden el campo exclusivamente jurídico. Son más bien producto de estrategias que se llevan a cabo simultáneamente en diversos campos y en las que la visión del que detente el capital que determina la dinámica en el campo de poder, es la que termina primando a la hora de determinar la significación práctica de la ley. Si se trata de un contexto en que el Estado tiene imperativamente un rol subsidiario en las diversas áreas de la sociedad, en que existe una relación casi incestuosa –por usar las palabras de Archondo- entre los agentes políticos, empresarios y los dueños de los medios de comunicación, podríamos suponer –sin ninguna pretensión de cientificidad, menos para anticipar conclusiones, sino sólo para completar el ejemplo- que es la estrategia del poder económico la que termina incidiendo en esa significación práctica de la ley.

El campo jurídico es un juego –afirma García Inda parafraseando a Bourdieu- en el que hay que armarse de derecho, de razón jurídica, para ganar y producir así la “verdad jurídica”, igual que como en el campo científico existen condiciones de producción de un conocimiento válido con una lógica y racionalidad específicos (García Inda, 2000b: 39)<sup>171</sup>. Pero esto no significa que lo que logra construirse socialmente como verdad depende exclusivamente de las armas de Derecho de que se valen los agentes; debe necesariamente ponerse en relación con las dinámicas y capitales con que cuentan otros agentes externos al campo propiamente jurídico. Así se entiende cuando Bourdieu afirma que el campo jurídico refleja “...el esfuerzo de los grupos dominantes, o en ascensión, para imponer, especialmente a favor de situaciones críticas o revolucionarias, una representación oficial del mundo social que sea conforme a su visión del mundo y favorable a sus intereses” (2000b: 216)

---

<sup>171</sup> Foucault dedicó atención al proceso judicial en el ámbito penal para examinarlo como una instancia de producción de un determinado número de formas de verdad (2005: 16). En la base del planteamiento de Foucault está la idea de la construcción histórica del sujeto de conocimiento a través de un discurso considerado como un conjunto de estrategias que forman parte de las prácticas sociales. Es en las prácticas sociales, donde la judicial destaca entre las más importante, donde el análisis histórico permite localizar la emergencia de nuevas formas de subjetividad, formas de saber, y en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad (2005: 15-16).

El marco analítico propuesto por Bourdieu nos ofrece instrumentos valiosos para dar cuenta de muchos factores que con el análisis funcional no eran considerados. Por ejemplo, el efecto que tienen las funciones en el habitus del agente que aprecia o se relaciona con el Derecho; la incidencia del capital cultural, social educacional, etc. en el agente operador jurídico; la reproducción del orden a que puede tender un habitus profesional como el de los distintos operadores jurídicos; los diversos elementos involucrados en la significación práctica de la ley, trascendiendo así el marco estrictamente jurídico a la hora de juzgarlos; y muy importante, el capital simbólico que le es reconocido a la instancia estatal en la producción jurídica. La teoría de los campos jurídicos es compatible con los aspectos del análisis funcional que rescatábamos como importantes: la necesidad de poner las funciones del Derecho en relación con los otros campos sociales; el carácter situado que tendrán nuestras conclusiones pues dependen de la observación del contexto específico seleccionado para ser analizado; la posibilidad de que existan funciones latentes y el examen de cómo ellas pueden estar sirviendo a intereses cuya única forma de develar es examinando la posición de los agentes en el campo de poder y el campos específico de que se trate, etc.

## **2) ALGUNOS PRESUPUESTOS TERÓRICOS DE LA FUTURA INVESTIGACIÓN**

Como podrá haberse visto hasta aquí, tanto en los marcos analíticos que hemos examinado, en los temas involucrados en los tres conceptos que hemos diferenciado analíticamente, y en los presupuestos epistemológicos que se ha asumido en el primer capítulo, existen algunas cuestiones importantes relativas al lenguaje que aparecen como presupuestos de nuestro enfoque. Estas cuestiones dicen relación con la verdad que pueda detentar el lenguaje frente a una realidad externa, la posibilidad de construir realidades y sujetos conocimientos, la imposición o transmisión de un punto de vista particular bajo la forma de universal y la posibilidad de hacer por el mero enunciar. Pero también, derivado del objeto formal de estudio, cobra una importancia específica la determinación del sentido del discurso jurídico en contexto de pluralidad cultural. Este apartado está dedicado a desarrollar estas cuestiones que forman parte del marco teórico y analítico que busca perfilarse en estas páginas.

### **A) Presupuestos relativos al lenguaje**

**1) La arbitrariedad en el lenguaje:** Nietzsche se preguntaba ¿Coinciden las designaciones y las cosas? ¿Es el lenguaje la expresión adecuada de todas las realidades? Y respondía señalando



que la *verdad pura* se encontraría fuera, en los objetos, en la cosa en sí, pero que ella era inasequible al lenguaje, (Cassirer diría: se aleja en la misma medida en que creemos acercarnos). Para Nietzsche, la palabras no serían otra cosa que “la representación sonora de una excitación nerviosa” (1974, p. 89), una metáfora de metáfora, la traducción sonora de la imagen producida por la “cosa en sí” en la persona. El concepto nace cuando la palabra, igualando lo desigual, prescindiendo de las diferencias individuales, se vuelve útil y aplicable a diferentes objetos (1974, p. 90). Existiría una arbitrariedad ya en esta igualación inicial, en esta conversión de la palabra así surgida en concepto; arbitrariedad que se multiplicaría al conformar con ellas frases o discursos. De esta manera, para Nietzsche, la verdad no es otra cosa que “...una multitud en movimiento de metáforas, metonimias, antropomorfismos (...) un conjunto de relaciones humanas que, elevadas, traspuestas y adornadas poética y retóricamente, tras largo uso el pueblo considera firmes, canónicas y vinculantes (...) ilusiones de las que se ha olvidado que lo son, metáforas ya utilizadas que han perdido su fuerza sensible, monedas que han perdido su imagen y que ahora entran en consideración como metales y no como tales monedas” (1974, p. 91). No obstante este paralelismo entre realidad y lenguaje, la sociedad –reconocía Nietzsche– nos impone ser veraces y utilizar esas metáforas usuales, pero eso no quita la dimensión de arbitrariedad que ellas encierran: cuando adquirieren firmeza con el uso, esas palabras desconocen el carácter metafórico que desde su origen tienen respecto de la “cosa en sí” y pasan a convertirse en patrones con los cuales construir y juzgar la verdad, por ello al hablar –señala García Villegas– actuamos como jueces del mundo: no sólo describimos o comunicamos, organizamos, creamos y hacemos (García, 1993: p. 16)<sup>172</sup>.

A una concusión similar podría llegarse en base al concepto de función, símbolo y pensamiento relacional propuestos por Cassirer, pues renuncia a encontrar una fuente de verdad fuera del mundo del sentido, ya que la exterioridad está siendo siempre mediada por las diversas formas culturales. En la base del Constructivismo Radical encontramos también esta idea de paralelismo entre realidad y sentido, lo que lo ha llevado a sostener que la verdad ya no puede concebirse sobre la base de un modelo de correspondencia o conformidad con patrones externos dados (Glaserfeld: 8); se trasladaría entonces –sostienen desde esta perspectiva– hacia un modelo de encaje, adaptación o ajuste, sustituyendo la idea de verdad por el principio de *viabilidad* (Martínez, 1992: 28). “Se realiza así –sostiene Martínez García– una reorientación o

---

<sup>172</sup> Foucault ve en estos desarrollos de Nietzsche el punto de origen de la ruptura entre la teoría del conocimiento y la teología (2005: 24), y es en base a estas mismas ideas que plantea que el conocimiento “sólo puede ser una violación de las cosas a conocer y no percepción, reconocimiento, identificación de o con ellas” (2005: 23)

desplazamiento epistemológico del saber verdadero al saber útil, del descriptivismo a la capacidad de solución de problemas, de la objetividad a la intersubjetividad, de la ontología a la teoría cognitiva.” (1992: 29). Sin embargo, si se asumiera la perspectiva *enactuada* de Varela que fue brevemente explicada, las palabras de Nietzsche debiéramos tomarlas con una cierta reserva, y es que desde este punto de vista no existe una realidad externa que revista el carácter de verdad y que supuestamente ocultarían las palabras, sino que ese mundo que está fuera co-emerge con el sujeto, y es construido tanto por esas estructuras de percepción incorporadas a partir de nuestra socialización como por todos los elementos que componen nuestra capacidad sensorimotriz y que actúan en nuestro desenvolvimiento físico en el mundo. Así, la mente deja de ser considerada separadamente del cuerpo, aparece más bien como asociada a todo un organismo –en el que caben los instintos que según Nietzsche están en la base del conocer- que interactúa con un entorno, proceso por el que ambos van constituyéndose. No sólo el sujeto, sino el mundo mismo co-emerge en este interactuar, de modo que el mundo construido -desde esta perspectiva- sí tiene una dimensión ontológica, aunque no podamos afirmar que existe una verdad independiente de nuestro interactuar con el entorno.

**2) Las funciones del lenguaje y los llamados defectos del mismo como oportunidades de manipulación política del discurso jurídico:** Una buena manera de abordar introductoriamente este tema, por la cantidad de fenómenos diversos que comprende, se encuentra en las explicaciones esquemáticas que Genaro Carrió da en relación a la perplejidad que puede producir el lenguaje, pues aunque es la herramienta más rica y compleja de comunicación –señala- éste no siempre funciona, y en ocasiones, el destinatario del mensaje puede experimentar cierta perplejidad derivada de al menos dos fuentes distintas: una relacionada con la naturaleza del acto verbal, donde el destinatario no sabe cómo tomar las palabras: si como elogio, broma, instrucción, petición, etc.; otra, en que el destinatario si bien sabe cómo deben ser tomadas las palabras del emisor –como una petición por ejemplo- no sabe qué es lo que le ha pedido (1990: 17-18). Es decir, en el primer caso no sabemos qué hizo, desconocemos la *fuerza de la expresión*, y en el segundo, la perplejidad arranca de no entender bien el contenido de la expresión. Al primer ámbito corresponde el estudio de la funciones del lenguaje, y en el segundo podemos encuadrar el estudio de los llamados defectos del lenguaje. Comencemos por estos.

**a) Los defectos del lenguaje como condiciones que posibilitan la comunicación:** Carrió enumera diversos fenómenos del lenguaje que constituirían causa de perplejidad en el receptor de la comunicación. Tales son: 1) **el uso de palabras generales**, entendiendo por tales aquellas que sirven para aludir a grupos o familias de objetos, hechos o propiedades. Se trata de palabras –sostiene Carrió- donde se halla la raíz de ciertas incertidumbres que pueden, y suelen, frustrar la comunicación lingüística (1990: 27); 2) **la ambigüedad**, que alude a la existencia de una pluralidad de significados y que sitúa la determinación del mismo en función del contexto lingüístico en el que aparecen y las situaciones humanas en que son usadas, como ocurre por ejemplo –señala Carrió- con palabras como *radio* y *juego* (1990: 29); 3) **la vaguedad**, que en términos generales apunta al hecho de no tener claridad en la delimitación de los casos a los cuales se aplica una palabra (1990: 31); y 4) **la carga emotiva de ciertas palabras**, que Carrió trata en relación a la perplejidad producida por desconocer la fuerza del mensaje, pero que se incluye aquí por una cuestión didáctica.

Una misma palabra, significante, puede designar varias ideas distintas e incluso contradictorias, es decir, puede tener diversos significados. Del mismo modo, es posible que una misma idea sea expresada con diversas palabras –retórica-. Existen también palabras que por su generalidad o vaguedad no ofrecen certeza respecto de su sentido, lo que por ejemplo se aprecia claramente cuando hablamos de los *valores*. Estos rasgos y otros que podrían verse como inconvenientes o fuente de conflicto, no sólo en las relaciones sociales sino incluso en tareas como producción o interpretación jurídicas, pueden en esos mismos ámbitos y en otros - como el arte, la publicidad, la literatura, etc.- constituir espacios de amplias posibilidades de expresión.

La política puede ser ubicada dentro de estas actividades que lejos de ver inconvenientes en estos aspectos del lenguaje los aprovecha para alcanzar otros propósitos discursivos. En relación al lenguaje científico -pero con plena validez, a mi juicio, para el ámbito político-, Perelman y Olbrechts-Tyteca, basándose en Parain, señalan que “La necesidad de un lenguaje unívoco, que domine el pensamiento científico, ha hecho de la claridad de las nociones un ideal que se cree que siempre se debe procurar realizar, aunque se olvida que esta misma claridad puede constituir un obstáculo para otras funciones del lenguaje” (1989: 216-217). Y Bourdieu, en este mismo sentido, sostiene que los efectos ideológicos de la religión y la política se derivan de las “...posibilidades que encierra la polisemia inherente a la ubicuidad social de la lengua legítima”. No existen –para el autor- palabras neutras, ellas pueden revestir sentidos diferentes

y hasta opuestos según las diferentes grupos humanos: “la palabra <<esmerado>> elegida por los pequeños burgueses, se ve rechazada por los intelectuales para quienes, justamente, utilizar esa palabra resulta pequeños burgués, pobre, mezquino” (Bourdieu, 2001: 14)<sup>173</sup>; sin embargo, el recurso a un lenguaje aparentemente neutro –como sería el discurso jurídico pronunciado en nombre del interés general- se impone cada vez que el objetivo es lograr consensos prácticos entre grupos divergentes (Bourdieu, 2001: 15). Es en este sentido en que podemos pensar el empleo de palabras como seguridad nacional, democracia, familia, bien común, etc., y no deteniéndonos exclusivamente en el significado que el sistema jurídico les atribuye a esos términos -que es hasta donde llega el enfoque constructivista de Martínez García-.

De este modo, podemos sostener que en el campo jurídico y político, sobre todo en el ámbito internacional, explicitar detalladamente algo, pretender prever y estipular las consecuencias y objetivos perseguidos, puede restar eficacia al instrumento de que se trate. A propósito de esto, García Villegas destaca cómo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 suscita por parte de los Estados una alta adhesión al texto, mas no a sus consecuencias; la generalidad, vacío e incoherencias hacen posible varias aplicaciones divergentes, mientras que un texto más detallado sobre la protección de los derechos humanos no hubiese sido aceptado de manera tan transversal, “...cada Estado pone todo su empeño en el logro de un compromiso entre una redacción con una generalidad suficiente que dificulte la eficacia de una eventual acusación contra sus propias acciones y una especificidad tal que permita el logro de los beneficios retórico-políticos de un acuerdo importante” (1991, p.21).

Son estos rasgos destacados a propósito del lenguaje, junto con las funciones que a continuación analizaremos, los que hacen posible el ejercicio de relaciones de poder sin la necesidad de recurrir a la violencia física. De esta manera -señala García Villegas-, la cuestión no estriba tanto en dilucidar cómo son posibles las relaciones entre los miembros de una sociedad a pesar de las imperfecciones del lenguaje, sino en entender cómo son esas mismas imperfecciones las que posibilitan aquellas relaciones (1991, p. 42).

---

<sup>173</sup> “La comunicación entre clases –sostiene Bourdieu- (o, en las sociedades coloniales o semicoloniales, entre etnias) representa siempre una situación crítica para la lengua utilizada, cualquiera que esta sea. En efecto, tiende a provocar un retorno al sentido más abiertamente cargado de connotaciones sociales: <<cuando se pronuncia la palabra campesino ante alguien que acaba de abandonar el campo, nunca se sabe cómo esa persona va a tomarlo. Consideradas así las cosas, no hay palabras inocentes (...) Cada locución puede revestir dos sentidos antagónicos según la manera en que el emisor y el receptor vayan a tomarla” (2001: 15)

**b) Las funciones del lenguaje: posibilidades de hacer con el mero enunciar:** Comúnmente solía entenderse que todos los enunciados cumplían una única función, la de describir un estado de cosas o enunciar algún hecho con verdad o falsedad. A esto Austin lo denominó la *falacia descriptiva o constatativa*<sup>174</sup> (1955: 4), y argumentó en cambio que el lenguaje cumple muchas funciones y no sólo una (1955: 66); advirtió que existían expresiones que no registraban ni describían nada, que no eran verdaderas ni falsas, y que al momento de ser pronunciadas se realizaba una acción que no sería normalmente descrita como consistente en decir algo. Llegó así a la conclusión que estos enunciados eran diferentes a los que describen o registran estados de hecho *-enunciados constataivos-* y los llamó enunciados *realizativos o performativos*<sup>175</sup> (1955:5). Esta es la primera clasificación propuesta por Austin, sin embargo, más adelante, cambia el punto de enfoque para poder distinguir bien los enunciados puramente realizativos<sup>176</sup> “Es menester –señala- que reconsideremos de un modo más general los sentidos en que decir algo puede ser hacer algo, o en que al decir algo hacemos algo (y también, quizá, considerar el caso diferente en el que por decir algo hacemos algo)” (1955: 60). Bajo la idea básica de que decir algo es hacer algo, Austin distingue tres tipos diferentes de actos en el acto del habla (1955: 62 y ss.): a) el **acto locucionario**, que corresponde al acto de decir algo, y que Carrió –en la Introducción a *Cómo hacer cosas con palabras-* sintetiza como “...el acto de emitir ciertos ruidos con cierta entonación o acentuación, ruidos que pertenecen a un vocabulario, que se emiten siguiendo cierta construcción y que, además, tienen asignado cierto “sentido” y “referencia” (Austin, 1990: 32); b) el **acto ilocucionario**, que consiste en un acto que, en virtud de una cierta fuerza convencional (1955: 71), llevamos a cabo al decir algo, acto que se diferencia del acto mismo de decir algo (Austin, 1955: 65), por ejemplo: informar, ordenar, advertir, comprometernos, etc.; y c) el **acto perlocucionario**, que son aquellos actos que logramos o producimos *porque* decimos algo, tales podrían ser, por ejemplo: convencer, persuadir, disuadir, confundir, sorprender, etc. (1955: 71). Los actos perlocucionarios se

<sup>174</sup> Austin prefiere usar la palabra constatativa sobre descriptiva, pues no todos los enunciados susceptibles del juicio de verdadero o falso son descripciones (1955: 4)

<sup>175</sup> Algunos de los ejemplos de enunciados realizativos planteados por Austin son: “Sí, juro (desempeñar el cargo con lealtad, honradez. etc.)”, expresado en el curso de la ceremonia de asunción de un cargo (...) “Bautizo este barco Queen Elizabeth”, expresado al romper la botella de champaña contra la proa (...) “Lego mi reloj a mi hermano”, como cláusula de un testamento (...) “Te apuesto cien pesos a que mañana va a llover”.(1955: 6)

<sup>176</sup> Las razones por las que busca otro punto de partida se relacionan con la imposibilidad de encontrar un criterio gramatical para distinguir a los realizativos, pues aun intentando una lista de verbos realizativos, no es posible distinguirlos con certeza de los constatativos, incluso cuando la expresión esté en forma explícita de realizativo (1955: 60-61). Y ante esto señala expresamente, en la séptima conferencia “Ha llegado el momento, pues, de comenzar de nuevo.”, y así distingue: locucionarios, ilocucionarios y perlocucionario (1955: 60).

relacionan con los efectos o consecuencias de un acto del habla en los sentimientos, pensamiento o acciones de un auditorio determinado, y que pueden ser precisamente los propósitos buscados por el emisor (1955: 66). El acto perlocucionario puede ser descrito haciendo una referencia oblicua al acto locucionario o ilocucionario (c.a), o bien, no haciendo ninguna referencia a él (c.b.)<sup>177</sup>. La relación que a juicio de Austin existe entre estas tres categorías, viene resumida perfectamente por Carrió en la introducción a la versión en español del libro de Austin: “Mientras que la conexión entre 1) lo que decimos en cuanto al acto *de* decirlo (dimensión locucionaria) y 2) las consecuencias que contingentemente sobrevienen *porque* los hemos dicho (dimensión perlocucionaria) es una conexión causal, la relación entre la dimensión locucionaria y lo que hacemos *al* decir algo es –según Austin- una relación convencional. A su vez, mientras que el significado de las expresiones (en un sentido tradicional del término) es parte del *acto locucionario*, la *fuerza de ellas* está incluida totalmente en el acto ilocucionario” (1990: 32-33).

Si ponemos en relación esta clasificación de Austin con la que nosotros hemos hecho antes entre función, eficacia y uso, advertimos que lo que hemos definido por eficacia simbólica en sentido estricto se encuentra relacionada más con el acto perlocucionario que con el ilocucionario, que es el que Austin liga al enunciado performativo y que estaría más cerca de lo que hemos definido como función simbólica. Pero no son cuestiones fáciles de diferenciar por completo, puesto que la producción de efecto que implica el acto perlocucionario supone una relación convencional de reconocimiento de legitimidad al discurso jurídico –la eficacia simbólica general de la que hablábamos-. En el Derecho encontramos actos ilocucionario en sentido puro, por ejemplo, cuando en una sentencia el juez enuncia “se condena al imputado a 10 años de presidio por el delito de asesinato”, él está, por el mero hecho de enunciar esas palabras, desarrollando una acción distinta al simple enunciar, está condenando; y si a esto agregamos la –llamémosla así- satisfacción de justicia que experimentan los familiares del fallecido “se hizo justicia con la condena” o la estigmatización o etiquetamiento social del involucrado “fulano es un delincuente”, podríamos hablar de actos perlocucionarios.<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> La clasificación se aclara cuando tomamos alguno de los ejemplos propuestos por Austin: “Acto (A) o Locución: Él me dijo “déselo a ella”, queriendo decir con “déselo”, déselo, y refiriéndose con “ella” a ella. Acto (B) o Ilocución: Me aconsejó (ordenó, instó a, etc.) que se lo diera a ella. Acto (C.a.) o Perlocución: Me persuadió que se lo diera a ella. Acto (C.b.): Hizo (consiguió) que se lo diera a ella” (1955: 66).

<sup>178</sup> Aunque en ese último caso es más difícil diferenciar lo ilocucionario de lo perlocucionario, pues se adquiere el carácter de delincuente por haber sido condenado por un delito, pero ese efecto estigmatizador opera en las apprehensiones de los receptores del mensaje y es consecuencia del acto ilocucionario de condenar

En relación a las funciones del lenguaje es ineludible la referencia Wittgenstein, para quien, aunque el lenguaje puede ser descrito como un sistema de comunicación, no todo lo que llamamos lenguaje es este sistema (1999, p. 7 (3))<sup>179</sup>. En sus *Investigaciones filosóficas* Wittgenstein prefiere hablar de los *juegos del lenguaje*, pues las palabras, como las herramientas, tienen diversas funciones (1999, p. 10 (11)). “Existen innumerables géneros de empleo de todo lo que llamamos <<signos>>, <<palabras>>, <<oraciones>>”, entre la multiplicidad de juegos del lenguaje, además de describir, podemos nombrar, el dar órdenes, suplicar, agradecer, maldecir, adivinar, cantar, etc. Hablar el lenguaje –señala Wittgenstein– forma parte de una actividad o de una forma de vida (1999, p. 14 (23)), y llega incluso a decir que “...imaginar un lenguaje es imaginar una forma de vida.” (1999, p. 11 (19)).<sup>180</sup>

Si conforme hasta ahora hemos visto con Austin y Wittgenstein, el lenguaje no sólo sirve para describir o reflejar el mundo sino para muchas otras cosas –para crear un mundo, se dice desde el constructivismo radical–, entonces podemos desde ya ir advirtiendo que para determinar el sentido o significado de una palabra no basta examinarla únicamente según su función denotativa o descriptiva, también es necesario reparar en el uso que de ella se hace, es decir, el contexto en el que es utilizada, la fuerza con la que es utilizada. Luego, cobra importancia un análisis pragmático del lenguaje, y es por esto que Mauricio García señala que, en síntesis, el significado de una palabra se obtiene atendiendo a su uso, conocido éste, podemos conocer su significado (1991, p.29).

Cuando Carrió se refiere al tipo de perplejidad provocada por desconocerse la fuerza de las palabras empleadas, señala a vía ejemplar una lista de actos que se pueden hacer con palabras: súplica, broma, petición, expresión de deseos, sugerencia, saludo, invitación, elogio, recomendación, censura, atribución de responsabilidad, etc. (1990: 18). Entre la multiplicidad de funciones que puede desempeñar el lenguaje, Carrió ofrece una clasificación que procura parcelar las áreas cubierta por los múltiples usos del lenguaje (1990: 19), y así distingue cuatro posibles funciones:

**i. Función descriptiva:** aquí el lenguaje es utilizado para informar acerca de ciertos fenómenos o estados de cosas. “Las unidades lingüísticas son aquí aserciones –señala Carrió–; de ellas –y

<sup>179</sup> El paréntesis dentro del paréntesis de cita indica el número de la proposición.

<sup>180</sup> Para un resumen de los diversos sentido en que puede hablarse de filosofía del lenguaje y un paralelo entre la filosofía del lenguaje desarrollada por Austin y Wittgenstein, puede verse la Introducción de Genaro Carrió a *Cómo hacer cosas con palabras* (Austin, 1990: 7-28)

sólo de ellas- tiene sentido preguntarnos si son verdaderas o falsas.” El paradigma de esta función del lenguaje sería el lenguaje científico (Carrió: 1990: 19).

**ii. Función expresiva:** aquí nos valemos de las palabras como vehículo o medio para expresar nuestros sentimientos, no para describirlos, sino para exteriorizarlos, o para provocar en el prójimo ciertos sentimientos. En relación a esta función no tiene sentido plantear si las expresiones son verdaderas o falsas. El paradigma aquí es el lenguaje poético (Carrió, 1990: 20).

**iii. Función directiva:** aquí el lenguaje es utilizado para dirigir el obrar del otro, para inducirlo a hacer tal o cual cosa, a comportarse de cierta manera. Ejemplos de este tipo pueden ser, a juicio de Carrió, una orden militar o una norma penal. Tampoco tiene sentido preguntarnos respecto de ellas si son verdaderas o falsas; para destacar sus méritos o defectos –señala Carrió- nos valemos de otros calificativos: justa o injusta, progresiva o retrógrada, oportuna o inoportuna, etc. (1990: 20)

**iv. función operativa o performativa:** corresponde a los actos ilocucionarios o enunciados realizativos destacados por Austin. En estos casos, por medio del lenguaje se están realizando actos que según ciertas convenciones en vigor constituyen, por ejemplo, un saludos o una promesa, cualquiera sea la sinceridad que haya detrás de ellas (1990: 21). En el ámbito jurídico Carrió ejemplifica con el caso en que, en el testamento ológrafo, el testador escribe “instituyo como heredero *a x*” (1990: 20), y otros casos de expresiones jurídicas como “Interpongo el recurso de apelación contra el auto de fs...”, “Renuncio a mis derechos contra x”, “Acepto una oferta del 6 del corriente”, etc. (1990: 44).

Como estrechamente relacionados con esta última función del lenguaje y los llamados actos ilocucionarios de Austin -debido al carácter convencional que éste les reconoce como presupuesto- aparecen los desarrollos teóricos que el discípulo de éste, John Searle, llevó a cabo en relación a los *hechos institucionales*. Tales hechos, a diferencia de los hechos brutos, presuponen la existencia de ciertas instituciones humanas. Lo que tengo ahora en mi mano es un billete de veinte duros –ejemplifica Searle- solamente si existe la institución de la moneda, si se deja de lado la institución sólo tendré un trozo de papel con una inscripción color sepia (Searle, 1994: 60). Las instituciones que se encuentran en la base de los hechos institucionales son sistemas de *reglas constitutivas*. “Todo hecho institucional tiene como base un(a) (sistema de) regla(s) de la forma <<X cuenta como Y en el contexto C>>” (1994: 60). Las reglas constitutivas se oponen a las reglas regulativas; mientras estas últimas “...regulan formas de



conducta existentes independiente o anteriormente...”, las reglas constitutivas “...no regulan meramente: crean o definen nuevas formas de conducta.” (1994: 42). Lo característico de las reglas regulativas es que regulan una actividad preexistente, cuya existencia es lógicamente independiente de las reglas. Lo característico de las reglas constitutivas es que éstas constituyen y también regulan una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de ellas (1994: 43). Lo que caracteriza entonces a las reglas constitutivas es que crean la posibilidad de nuevas formas de conducta y que, a menudo, tienen la forma de: X cuenta como Y en el contexto C (1994: 44). En los ejemplos propuestos por Searle se explican del siguiente modo las reglas constitutivas “<<Se hace un jaque-mate cuando el rey es atacado de tal manera que ningún movimiento lo dejará inatacado>> o <<Se marca un touchdown cuando un jugador se hace con la pelota en el extremo del campo adversario cuando el juego está en marcha>>” y agrega más adelante “Obsérvese que tienen un carácter casi tautológico, pues lo que la 'regla' parece ofrecer es parte de una definición de «jaque-mate» o de *touchdown*” (1994: 43)<sup>181</sup>

No cabe ninguna duda que en el Derecho estatal encontramos hechos institucionales, así como tampoco que en la traslación de los hechos al interior del proceso, llevada a cabo con reglas de Derecho relativas a la producción de prueba, poco queda de los hechos brutos acaecidos fuera del proceso (de hecho, existe la básica distinción procesal entre fuentes y medios de prueba). Ahora bien, esto de ninguna manera nos puede llevar a sostener que en el funcionamiento del Derecho sólo encontramos hechos institucionales, o que los hechos en el ámbito jurídico importan sólo cuando son hechos institucionales o sólo en la medida en que son considerados por el Derecho, pues esto implicaría caer en un formalismo que pretende explicar el fenómeno jurídico sin ninguna consideración a elementos materiales externos, lo cual se aleja de la perspectiva que hemos venido sosteniendo en este trabajo. Y de esta crítica el constructivismo radical de Martínez García –que se base en Searle y Austin para fundamentar la construcción jurídica de los hechos- no escapa.<sup>182</sup> Aunque pretende alejarse de una

---

<sup>181</sup> La teoría de los hechos institucionales ha llevado a que, desde el constructivismo radical defendido por Martínez García, se hable de la fabricación jurídica de los hechos. “Los hechos en el Derecho no son escueta facticidad sino fabricaciones normativas. (...) Utilizando la terminología de Searle se puede decir que no se trata aquí de *brute facts* sino de *institutional facts* (1992: 44). Y más adelante señala que para el Derecho un hecho no tiene por qué ser algo realmente existente, sino que se trata más bien de algo a lo que se le atribuye existencia, real o hipotética, como resultado y como punto de partida a la vez para ciertas operaciones jurídicas y con vistas a lograr ciertos efectos jurídicos”. E insiste “El hecho en el derecho no es un *factum* sino un *artefactum*” (1992: 48).

<sup>182</sup> Respecto a la aplicación de la semiótica del referente interno al análisis del Derecho, Martínez García señala “En el caso del Derecho se trataría de ver cómo la <<realidad jurídica>> se construye semióticamente, cómo se articula formando un mundo significativo (...) Se podría pensar que de este modo se escamotea el contexto, abocando a un nuevo formalismo que se desentiende de la realidad extrajurídica. Pero más bien se aspira a

explicación formalista del fenómeno jurídico, en verdad no lo logra, pues su perspectiva – probablemente por estar fundada en la teoría de sistemas de Luhmann y la semiótica estructural del referente interno de Greimas- sigue explicando el fenómeno jurídico como si todo el sentido de los discursos jurídicos –pues no hay uno- quedara comprendido en un universo autónomo de significación donde la selección de referencias y el sentido atribuido se explica por el funcionamiento interno del sistema. Se trata al Derecho como si obrara por sí solo, con independencia de los operadores, y como si construyera por sí y para sí mismo, mediante elección de referencia y atribución de sentidos, una realidad determinada. Enfatiza en el carácter estructurante del Derecho, pero se soslaya el carácter estructurado del mismo y las luchas de fuerzas que determinan su estructura de funcionamiento, reduciendo la explicación a meras relaciones de comunicación.

El sentido que pueda construir el Derecho nunca es para sí mismo, pues él no existe como sujeto cognoscente y porque el sentido sólo existe y es determinado en la medida en que algo entra en la consideración de un sujeto de carne y hueso, que lo fija en base a diversos factores. El constructivismo de Martínez García no considera para quién construye realidades el Derecho, ni quien las construye a través de él. Aunque durante toda su obra pareciera mostrar los caminos para considerar el carácter instrumental del Derecho, no arriesga la crítica y prefiere en cambio atribuirle una especie de ser vivo al Derecho en tanto constructor y espectador de la realidad con él construida.<sup>183</sup> Martínez, intentando explicar el Derecho termina atribuyéndole una existencia que no tiene, es decir, la construcción abstracta del objeto de estudios –válida desde una perspectiva constructivista- termina siendo reificada, lo que puede ser consecuencia de asumir el constante intento –propio de los autores que tiene como referencia- de buscar explicar la realidad social reconduciéndola a la unidad de un modelo

---

replantearlo en toda su fuerza en término de activa interdiscursividad e intersemioticidad, evitando una cómoda e imprecisa apelación a realidades políticas, económicas y sociales que no se llegan a conceptualizar. El contexto no está nunca formado por hecho brutos ni por meros acontecimientos: es un poderoso ámbito de realidades significativas, investidas semióticamente” (1992: 70).

<sup>183</sup> Ver por ejemplo cuando señala “En una semiótica que rechaza la referencia extralingüística el referente de todos los discursos jurídicos (legislación, jurisprudencia, dogmática, cualquier práctica jurídica) no puede ser sino el mismo derecho que de manera explícita o implícita, a través de *interanl claims*, conecta algunos de sus discursos con otros y estas referencias son parte del mensaje transmitido (...) El derecho pretende así construir una realidad...” (1992: 81) O Cuando señala “En el contexto de los procesos de comunicación social el derecho constituye una red de comunicación restringida, un grupo semiótico diferenciado de otros, de los que puede decirse que <<sólo oye, de vez en cuando, ruidos sordos y fragmentos de conversación>>” (1992: 76). En otro lugar, en relación a la perspectiva de Luhmann que asume “Desde este punto de vista de vista los derechos fundamentales no son derechos de los hombres (...) son derechos del sistema (...) El primer interesado en una democracia representativa no es una persona que cada cierto tiempo puede aproximarse a una urna y emitir un voto (...) El mayor interesado en este voto es el propio derecho, que con ello adquiere una extraordinaria vitalidad y autonomía...” (1992: 145-146).

explicativo. Aquí, por el contrario, se asumirá que la explicación del Derecho no puede prescindir del contexto en el que se desenvuelve, que el sentido de las normas jurídicas nunca puede explicarse exclusivamente a partir de definiciones institucionales o reglas constitutivas (Searle) sino que viene dado por la interacción de diferentes elementos internos y externos al Derecho, y asumo también que los hechos en el Derecho importan mucho más allá que en su faz de hechos institucionales –en la que sin duda están presentes-. Es indudable que el enfoque constructivista de Martínez García tiene innumerables méritos, probablemente diferimos en las intenciones con las que abordamos los temas; principalmente para el estudio de la función, eficacia y uso simbólico del Derecho me parecen importantes los desarrollos relativos a la ficción jurídica y la paradoja de la representación política -cuestiones que deberían ser tenidas en cuenta en un futuro trabajo de fondo sobre el tema-, pero la perspectiva de Martínez no calza con la importancia que pretendo darle en la explicación del fenómeno jurídico al sujeto de carne y hueso que se relaciona con él, para quien constituye realidad el Derecho y quienes la construyen a través del Derecho, sea como operador o como imperado, con fines de dominación o de emancipación, y que experimenta en su cuerpo y proyectos vitales las consecuencias de los discursos jurídicos.<sup>184</sup>

---

<sup>184</sup> Esta es una de las razones que podrían llevarme a explorar en un futuro trabajo para el cual éste es preparatorio, la perspectiva enactuada de Francisco Varela a la cual en ocasiones he hecho referencia. Destaco esta perspectiva porque me parece una vía adecuada a explorar a fin de superar la perspectiva cartesiana presente incluso –en nuestro ámbito- a la hora de buscar fundamentar derechos humanos. No es éste el lugar adecuado para desarrollarlo, pero pienso que la concepción de Varela y los mundos enactuados puede constituir un enfoque fructífero en el abordaje de los derechos humanos y la superación de formalismos a los que conducen las perspectivas que buscan replicar el modelo de Cassirer en Derecho. Comparto absolutamente que el Derecho es una cuestión que no tiene origen en una realidad independiente del hombre, que es producto de su cultura, pero eso no puede llevar a intentar explicarlo con prescindencia de éste en aras de una supuesta cientificidad. Lo paradójico de esa perspectiva es que aun reconociendo el origen de institución humana, termina atribuyéndole una verdadera existencia independiente del hombre al objeto que abstractamente se ha construido para un supuesto tratamiento más científico del mismo. Cuando en verdad, desde mi punto de vista, si no quiere caerse en un tratamiento fetichista del Derecho, no se puede pretender describirlo y explicarlo al margen de la realidad que constituye para los sujetos que experimentan en su cuerpo y proyectos de vida las consecuencias del mismo, es decir, en cómo aparece en la realidad para esos sujetos. Arturo Escobar constituye un ejemplo magnífico del carácter fructífero que tiene esta perspectiva en el área antropológica desde un enfoque decolonial. Escobar aplica la enacción como marco para entender las experiencias de los activistas del Proceso de las Comunidades Negras en Colombia. En relación al enfoque de Varela señala “Según esta perspectiva, nosotros somos constituidos por encuentros concretos con el mundo en nuestro diario trasiego, y el conocimiento es construido desde pequeños dominios y tareas que generan microidentidades y micromundos; esta es una manera diferente de mirar la historia en persona, una que resalta el carácter incrustado y personificado de toda acción humana (...) Su objetivo es el de articular una teoría del “saber-cómo” ético (una comprensión imbuida de la acción) opuesto al “conocer-qué” del cartesiano (juicio abstracto y racional) eso ha llegado a ser predominante en los mundos modernos. Los activistas del PCN podrían ser vistos teniendo como una experticia ética (un saber-cómo) del tipo que Varela describe. Seguramente, esta experticia es emparejada con juicio racional (conocer-qué) completamente, pero lo que más define al PCN es un compromiso continuo con la realidad diaria de los grupos afrocolombianos, enraizada en última instancia (aunque con capas de mediación, como vimos) en la experiencia del Pacífico como un lugar. Los activistas son hábiles en responder a las necesidades de su propia colectividad y las de

## **B) Para la determinación del sentido del discurso jurídico estatal**

Para nuestro estudio me parece necesario adoptar, en relación a la determinación del sentido del discurso jurídico, precisamente la perspectiva contraria a la asumida por Martínez García, e intentar una explicación abandonando la pretensión de la lingüística estructural del proyecto saussureano que intenta el estudio de la lengua prescindiendo de cualquier referencia a la relación existente entre ésta y la etnología, la historia política de los que la hablan, la geografía del lugar en que se habla, etc.; es decir, que prescinde de cualquier referencia a las condiciones sociales de producción, reproducción y utilización de la lengua, por considerar que son cuestiones que no aportan al estudio científico de la lengua considerada en sí misma (Bourdieu, 2001: 7). Asumir esta perspectiva en las ciencias sociales, ha acarreado -según Bourdieu- un verdadero efecto ideológico, pues se pretende dar apariencia de cientificidad a la naturalización de esos productos de la historia que son los objetos simbólicos como el lenguaje (2001: 7)<sup>185</sup> Aplicar ese modelo implica tratar al mundo social como un mundo de intercambios simbólicos y reducir la acción a un acto de comunicación, pero como ha mostrado Bourdieu, por legítimo que sea tratar las relaciones sociales y las propias relaciones de comunicación como interacciones simbólicas, no hay que olvidar “...que esas relaciones de comunicación por excelencia que son los intercambios lingüísticos son también relaciones de poder simbólico donde se actualizan las relaciones de fuerza entre los locutores y su respectivos grupos” (2001: 11).

El sentido de un discurso no puede definirse exclusivamente a partir de la gramática, aunque evidentemente tampoco puede obviarse. La determinación completa de la significación se define –en palabras de Bourdieu- en una especie de mercado: “Todo acto de palabra, o más generalmente toda acción, es una especie de coyuntura, un encuentro de series causales independientes: por un lado, las disposiciones, socialmente modeladas, del habitus lingüístico, que implican una cierta propensión a hablar y decir determinadas cosas (interés expresivo) y una cierta capacidad de hablar definida a la vez como capacidad lingüística de infinita creación

---

otros. Este proceso implica experticia ética más que, o al menos tanto como, la deliberación racional” (Escobar, 2010: 262-263)

<sup>185</sup> Bourdieu señala que si la lingüística se ha transportado tan fácilmente a la etnología y sociología, se debe a la filosofía intelectualista, que hace del lenguaje, más que un instrumento de acción y de poder, un objeto de intelección (2001: 11). Para Bourdieu plantear, como lo hace Saussure, que “...el verdadero medio de la comunicación no es el habla como hecho inmediato considerado en su materialidad observable sino la lengua como sistema de relaciones objetivas que hace posibles tanto la producción del discurso como su desciframiento, es operar una inversión completa de las apariencias, subordinando a un puro constructum, del que no existe experiencia sensible, la materia misma de la comunicación, aquello que se da como lo más visible y lo más real” (2007: 51)

de discurso gramaticalmente semejantes y como capacidad social que permite utilizar adecuadamente esta competencia en una determinada situación; por otro, las estructuras del mercado lingüístico que se imponen como un sistema de sanciones y censuras específicas” (2001: 12).

Desde esta perspectiva encontramos un argumento en relación a los que planteábamos antes respecto a la significación práctica de la ley como algo que excedía al mero campo jurídico, y a la vez, nos alejamos de la perspectiva del constructivismo radical de Martínez García. Se sostiene ahora que existe una cierta definición práctica del sentido, que viene dada desde afuera y no internamente como se ha planeado desde la lingüística estructural, en esa determinación inciden los esquemas de interpretación del receptor del mensaje –que pueden no coincidir con los del emisor-, el espacio social en el que el mensaje tiene lugar, el prestigio que recubre al mensaje o al medio por el que se transmite, el capital simbólico del emisor, el capital cultural y social del receptor, los habitus que les caracterizan a ambos, etc. Es por todas estas razones Bourdieu señala que lo que circula en el mercado lingüístico no es la lengua, sino discursos estilísticamente caracterizados, que se colocan a la vez en el lado de la producción “en la medida en que cada locutor se hace un idiolecto con la lengua común”, y del lado de la recepción “en la medida en que cada receptor contribuye a *producir* el mensaje que percibe, introduciendo en él todo lo que constituye su experiencia singular y colectiva.” (2001: 13). Cuando antes decíamos que no existía el sentido de un mensaje sin que éste entrara en la consideración de un sujeto de carne y hueso, nos estábamos refiriendo precisamente a esto que Bourdieu llama la *paradoja de la comunicación*, que aunque implica un medio común, sólo se produce y reproduce suscitando experiencias singulares socialmente caracterizadas.

Vale la pena entonces preguntarnos si el discurso jurídico puede suscitar ciertas experiencias, cómo lo hace, cuáles serían, con qué objetivos, etc.<sup>186</sup>. Lo que importa analizar, desde nuestra perspectiva, es si esas experiencias evocadas por el Derecho, esos sentimientos que suscita el discurso jurídico, las representaciones a que no sólo son llevados los juristas frente a un enunciado jurídico sino los mismos imperados -haciendo parte incluso de su sentido común-, son, han sido, o pueden ser objeto de una cierta manipulación bajo la forma de función latente; es decir, si puede existir y en qué sentido un aprovechamiento, un uso simbólico del Derecho a parir de su función simbólica. De manera que cuando estudiamos estos temas no

---

<sup>186</sup> Lo cual –salvo que se adopte el punto de vista de la dogmática jurídica- no constituye ninguna novedad, pues ya ha sido suficientemente destacado desde la ciencia penal en relación a la función de la pena, por ejemplo, también se ha estudiado en relación a la legitimidad del Derecho, y Jhering en dos obras trató sobre el sentimiento jurídico.

podemos quedarnos sólo con lo que denotan las palabras, importa tanto o más aquello que el discurso jurídico connota, pues –siguiendo a Bourdieu- “a diferencia de la denotación, que representa <<la parte estable común a todos los locutores>> la connotación reenvía a la singularidad de las experiencias individuales, lo que quiere decir que ésta se constituye en una relación socialmente caracterizada donde los receptores ponen en juego la diversidad de sus instrumentos de apropiación simbólica” (Bourdieu, 2001: 13).

Y si el objeto de estudio del que buscamos dar cuenta está relacionado con el Derecho estatal y en uno de los casos con los pueblos originarios, entonces debe considerarse también la cuestión de la *lengua oficial*, pues ésta se ha constituido en su génesis y usos vinculada al Estado, quien es el que crea las condiciones de un mercado lingüístico unificado y dominado por esa lengua oficial (Bourdieu, 2001: 19). Esta unificación es la pre-condición para que una lengua se imponga como legítima. “La unificación cultural y lingüística va unida a la imposición de la lengua y de la cultura dominantes como legítimas, y a la relegación de todas las demás a la indignidad (dialeto).” (Bourdieu, 1997: 107) Así puede resultar importante analizar la relación entre la lengua española chilena y la mapuche, cuánto de reconocimiento o invisibilización existe como producto de esa relación. Solo así puede entenderse, por ejemplo, la absurda reducción a dialecto que en algún momento de la historia chilena se le dio a la lengua mapuche –según nos relata el poeta Elicura Chihuailaf– ¿Qué otro objeto tuvo este hecho sino la consolidación de una lengua como oficial y legítima? ¿Cuánto del propósito de constitución de una nación chilena tuvo este hecho ocultado bajo otros propósitos? ¿En qué medida el Derecho sirvió y sirve a estos fines? ¿Se construye realidad a través de estos mecanismos? Y el análisis de los efectos de la lengua legítima u oficial nos permitiría explicar por qué esos mismos pueblos relegados demandan de éste un reconocimiento de su lengua y cultura. ¿La consideran un medio adecuado para expresar sus necesidades? ¿Tiene esta traducción a términos estatales alguna consecuencia no develada para esos pueblos?

El abordaje de este tipo de hechos impone tratar el tema del sentido del discurso jurídico considerando la perspectiva de la lingüística estructural del referente interno, pero superándola a la vez e intentando incluir las cuestiones materiales relativas a su producción y reproducción. No hacerlo –tal como sucede con los lingüistas estructurales y su consideración de la lengua- implica aceptar tácitamente la definición *oficial* de la lengua *oficial* de una unidad política, y obviar a la vez el hecho de que ella es el producto de una dominación política que está siendo

constantemente reproducida por las instituciones sociales capaces de imponer el reconocimiento universal de esa lengua dominante: el Derecho estatal<sup>187</sup>.

### **C) El enfoque decolonial para una correcta comprensión del objeto**

La inclusión del elemento crítico respecto a la lengua legítima, definida por el Estado en un contexto de pluralidad cultural y con exclusión de la cultura y lengua de los pueblos originarios, nos lleva a adoptar en el futuro análisis para el cual trabajo una perspectiva crítica que, pienso, puede venir dada desde el pensamiento decolonial<sup>188</sup>; Especialmente útiles pueden resultar las ideas de Silvia Rivera sobre *el umbral colonial de la palabra legítima* y la de *colonialismo interno* de Pablos González Casanova. Ante la imposibilidad de desarrollar esta perspectiva en este espacio, explicaré brevemente estos dos conceptos que espero se entiendan como justificación del enfoque que creo más adecuado.

La idea de *colonialismo interno* está ligada a fenómenos de conquista en que las poblaciones de nativos no exterminadas son integradas, primero, al Estado colonizador, y después, al Estado que adquiere una independencia formal o que inicia un proceso de liberación. Esos pueblos, minoría o mayorías, colonizados por el Estado-nación continúan sufriendo condiciones semejantes a las que los caracterizan en el colonialismo y el neocolonialismo a nivel internacional: “habitan en un territorio sin gobierno propio; se encuentran en situación de desigualdad frente a las elites de las etnias dominantes y de las clases que las integran; su administración y responsabilidad jurídico-política conciernen a las etnias dominantes, a las burguesías y oligarquías del gobierno central o a los aliados y subordinados del mismo; sus habitantes no participan en los más altos cargos políticos y militares del gobierno central, salvo en condición de “asimilados”; los derechos de sus habitantes y su situación económica, política, social y cultural son regulados e impuestos por el gobierno central; en general, los colonizados en el interior de un Estado-nación pertenecen a una “raza” distinta a la que domina en el gobierno nacional, que es considerada “inferior” o, a lo sumo, es convertida en un símbolo “liberador” que forma parte de la demagogia estatal; la

---

<sup>187</sup> Ver el análisis efectuado por Bourdieu en relación a la unificación lingüística durante la Revolución Francesa (2001: 20-22).

<sup>188</sup> Me refiero específicamente a algunos desarrollos de Frantz Fanon, Ramón Grosfoguel, Anibal Quijano, Silvia Rivera Cusicanqui, Boaventura de Sousa Santos y Pablo González Casanova, entre otros. Soy consciente de que se está incluyendo bajo el rótulo de pensamiento decolonial a autores, como Silvia Rivera Cusicanqui, que de hecho mantiene una actitud crítica frente a esa escuela, pero lo hago simplemente para orientar el ámbito desde el que hablan, pues todos tienen en vista el aspecto de la colonialidad del saber y el poder.

mayoría de los colonizados pertenece a una cultura distinta y habla una lengua distinta de la “nacional” (González Casanova, 2006: 410).

En este mismo sentido Ramón Grosfoguel, analizando la obra de Frantz Fanon y sus aportes a la descolonización de la colonialidad del saber y del poder, destaca cómo hablar no constituye un acto neutral en un mundo occidental, capitalista/patriarcal, moderno/colonial. “Para Fanon –nos dice Grosfoguel- hablar significa usar un lenguaje que es equivalente a asumir una cultura y el peso de una civilización. La lengua de un ser humano posee el mundo expresado e implicado por su lenguaje”, y agrega “El dominio de un lenguaje posee un poder simbólico fundamental”. Un pueblo racialmente colonizado<sup>189</sup> -como el mapuche- se encuentra cara a cara con el lenguaje imperial de la nación civilizadora colonial (Grosfoguel, en Fanon, 2009: 270), y en el contexto chileno –como en otros- expresa sus demandas en ese lenguaje: derechos humanos, consulta previa<sup>190</sup>, derechos colectivos, autonomía, etc. ¿Por qué? ¿Hasta qué punto ese lenguaje permite transmitir sus demandas tal como son desde su cultura concebidas?

A la pregunta anterior Silvia Rivera Cusicanqui<sup>191</sup> nos respondería aludiendo a lo que llama un serio problema del colonialismo: el *tránsito por el umbral de la palabra legítima*. La palabra legítima, la palabra del poder y los poderosos, “aquella que autoriza a nombrar y a normar” (Rivera Cusicanqui, 2007: 2), ha construido una estructura de mediaciones tan poderosa que la gente logra expresar sus demandas desde abajo, pero sólo para aportar la materia prima para unas reformas preventivas.<sup>192</sup> Esa materia prima de la que habla la autora estaría constituida por una semi-praxis, por significados que salen de la acción y que no son expresados por palabras, pero que son captados por el sistema político y jurídico a través de palabras que vienen desde arriba, adoptadas del Norte producto de una situación de colonialidad del saber que existe en los contextos latinoamericanos. En situaciones de colonialismo interno como el que describe González Casanova, las palabras –sostiene Rivera Cusicanqui- desempeñan una función especial, ellas no tienen como función designar o

---

<sup>189</sup> Entendiendo por tal “todo pueblo a quien en su alma se ha sembrado un complejo de inferioridad por medio de la muerte y el sepultamiento de su cultura local originaria” Grosfoguel, en Fanon (2009: 270).

<sup>190</sup> Para un estudio de los posibles efectos de la consulta en situaciones como las señaladas, destacándose su potencial emancipatorio y los riesgos de dominación ocultos por la traslación de demandas sustantivas a lenguaje técnico jurídico, ver Rodríguez Garavito (2012).

<sup>191</sup> Las referencias a Silvia Rivera Cusicanqui que no aparezcan con la cita entre paréntesis, están tomadas de la conversación que la autora sostuvo con Boaventura de Sousa Santos en la serie *Conversaciones del mundo*, disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=xjgHfSrLnpU> y visitado por última vez el 01.08.2014.

<sup>192</sup> Para Silvia Rivera, el sistema de dominación en Bolivia oscila entre la reforma preventiva y la masacre preventiva.



describir, sino encubrir<sup>193</sup>. En las situaciones de colonialismo interno las palabras se convierten en registros ficcionales “...eufemismos que velan la realidad en lugar de designarla” (2010: 19). Cuando el “lenguaje simbólico toma la escena”, señala Silvia Rivera, lo “no dicho” *es lo que más significa*, pues “las palabras encubren más que revelan” (2010: 13).

Para Rivera Cusicanqui esto es válido incluso en situaciones en que el sistema jurídico incorpora y se vale de palabras propias de los pueblos indígenas –como ocurre con el *suma qamaña* en Bolivia y *sumak kawsay* en Ecuador-, pues para ella lo que en esos casos se ha hecho es una incorporación selectiva de sus significados originales y un uso fetichista de esos términos, como una especie de emblema que parapeta –o en nuestros términos, *un uso simbólico de los mismos*-. Cuando se generalizan este tipo de palabras pueden injertarse en cualquier clase de discursos, pues su significado original, que se encuentra profundamente ligado a “experiencias vividas cotidianas”, es vaciado. Se trata de conceptos que expresan la “totalidad de la significación presente en la praxis”, pero al ser usadas por los líderes impostados desde arriba –como ocurre en la enunciación del discurso estatal- y no por los líderes de las comunidades vivas donde nacen, son palabras vacías.<sup>194</sup> Eso la lleva a concluir que “...hay una tendencia general a hacer un uso fetichista de estos términos, por lo tanto, sigue habiendo este umbral que no se cruza: la palabra legítima le pertenece a los de arriba, los de abajo dan insumos; lo mismo que en todo el sistema de conocimiento, nosotros producimos materia prima y nos devuelven producto elaborado”.

La posibilidad de una reforma cultural profunda en sociedades como la Boliviana, depende -según Rivera Cusicanqui- de la “...descolonización de nuestros gestos, de nuestros actos y de la lengua con que nombramos el mundo” (2010: 70). A partir de esto la autora plantea como metodología para el análisis histórico *la sociología de la imagen*. Las imágenes tendrían para ella la fuerza de construir una narrativa crítica, capaz de desenmascarar las distintas formas del colonialismo contemporáneo. “Son las imágenes más que las palabras – aparece en la introducción a su libro-, en el contexto de un devenir histórico que jerarquizó lo

---

<sup>193</sup> Para Rivera, esto fue particularmente evidente en la fase republicana boliviana, cuando se tuvieron que adoptar ideologías igualitarias y al mismo tiempo escamotear los derechos ciudadanos a una mayoría de la población (2010: 19).

<sup>194</sup> Aquí existe una interesante coincidencia entre Rivera Cusicanqui y la perspectiva *enactuada* de Varela, pues éste último enfatiza la construcción del mundo derivada de un hacer, de una manipulación del entorno, igual como Silvia Rivera enfatiza en los significados que nacen de prácticas, de comunidades vivas, que para quienes las integran, constituyen un mundo que no cabe completamente en el lenguaje colonial. Toma de cierta manera importancia lo que señala Wittgenstein, imaginar un lenguaje es imaginar un mundo.

textual en detrimento de las culturas visuales, las que permiten captar los sentidos bloqueados y olvidados por la lengua oficial.” (2010: 5)

Otro autor que destaca ideas similares a las que aquí hemos venido exponiendo, bastante más conocido pero, que basa algunos de sus desarrollos precisamente en los dos autores que brevemente hemos tratado, es Boaventura de Sousa Santos, cuando critica la devoción acrítica por los derechos humanos bajo su concepción occidental. El pensamiento occidental moderno – señala Santos- es un *pensamiento abismal* porque está construido sobre un sistema de distinciones visibles e invisibles, en el que las invisibles constituyen el fundamento de las visibles. Las líneas invisibles son distinciones tan radicales que dividen el universo social en dos, lo que está “de este lado de la línea” y lo que está del “otro lado de la línea”. Todo lo que está del otro lado de la línea no existe en ninguna forma relevante o comprensible de ser, es excluido radicalmente, pues se encuentra más allá del universo que la concepción aceptada de inclusión considera que es su otro. Lo que caracteriza al pensamiento abismal –sostiene Santos- es la imposibilidad de la co-presencia de los dos lados de la línea (2010: 11 y 12).

Para Santos, las intensas distinciones visibles que estructura la realidad social en este lado de la línea –la línea del pensamiento occidental- están erguidas sobre la invisibilidad de la distinción entre este lado de la línea y el otro lado de la línea. Tanto el conocimiento moderno como el derecho moderno representan las mayores manifestaciones del pensamiento abismal. En cuanto al conocimiento, en este lado de la línea se distingue entre ciencia, filosofía y teología. Con la modernidad, el conocimiento científico se erigió como único criterio válido de la distinción universal entre lo verdadero y lo falso, en desmedro de la filosofía y la teología, pero todo esto ocurre de este lado de la línea. Estas distinciones visibles se encuentran construidas sobre la base de la invisibilidad de otras formas de conocimiento –como el campesino, indígena, plebeyo, etc.- que no pueden ser adaptadas a ninguna de esas tres formas de conocimiento- “Al otro lado de la línea –señala Santos- no hay un conocimiento real; hay creencias, opiniones, magias, idolatría, comprensiones intuitivas o subjetivas, las cuales, en la mayoría de los casos, podrían convertirse en objetos o materias primas para las investigaciones científicas. Así, la línea invisible que separa la ciencia de otros modernos crece sobre una línea invisible abismal que coloca, de un lado, la ciencia, la filosofía y la teología y, del otro, conocimientos hechos inconmensurables e incomprensibles, por no obedecer ni a los métodos científicos de la verdad ni a los de los conocimientos, reconocidos como alternativos, en el reino de la filosofía y la teología” (2010: 14).

En cuanto al Derecho moderno, para Santos, lo legal y lo ilegal –de acuerdo con el derecho oficial o internacional- son las únicas dos formas relevantes de existir ante el Derecho. Sin embargo, esto ocurre de este lado de la línea; del otro lado, existe un amplio terreno social donde la dicotomía legal-ilegal sería impensable como principio organizativo, “...ese es, el territorio sin ley, lo a-legal, lo no-legal e incluso lo legal o lo ilegal de acuerdo con el derecho no reconocido oficialmente”. (2010:14).

Como hemos visto de este breve examen, en contextos de pluralidad cultural el lenguaje oficial del Estado refleja la visión del mundo del colonizador, sea éste el colonizador originario o el nuevo Estado nación que reproduce las estructuras de su predecesor. Cuando el Derecho vigente en esos contextos es el Derecho estatal, éste refleja también la concepción del mundo del dominador, por lo que aún los instrumentos emancipatorios que pueden estar previstos en ese ordenamiento, pueden estar ejerciendo una función de dominación. Por lo que cobran nuevamente sentido el estudio de las condiciones bajo las cuales es posible que se verifique un uso simbólico emancipatorio del Derecho.

## CONCLUSIONES

1. El concepto de *función* que se ha adoptado implica, básicamente, analizar las tareas que un elemento desempeña en un contexto determinado. El estudio habitual de las *funciones generales del Derecho* cuadra, en parte, dentro de ese concepto de función, pues busca describir y explicar las tareas que el Derecho hace para la sociedad y para su propia conservación. Sin embargo, difiere de nuestro concepto, pues el objeto sobre el que se discurre a la hora de fijar las funciones no es *un Derecho* concreto en un contexto determinado, sino que, más bien, se considera al Derecho del mismo modo en que es tomado como objeto por la Filosofía del Derecho o la Teoría General del Derecho. Desde ese enfoque no se están estudiando las *tareas* que concretamente desempeñó *un Derecho* -en tanto fenómeno complejo de poder- en su desenvolvimiento efectivo en un contexto determinado, sino que se están estudiando las funciones últimas del Derecho considerado como una unidad abstracta. Aunque el análisis funcional no es, por sí solo, el método adecuado para nuestro estudio, de su examen pudimos concluir que desde una perspectiva socio-jurídica –que es la que hemos asumido- es la observación efectiva del contexto la que nos permitirá determinar las funciones que un elemento desarrolla en él. Por esta razón, la futura investigación no estará orientada a establecer o comprobar una teoría general de las funciones del derecho, y sus resultados tendrán alcances estrictamente circunscritos al contexto analizado. Es bajo este enfoque en que hemos definido conceptos y métodos, lo que no significa rechazar la posibilidad de examinar la función simbólica del Derecho en otros contextos locales o globales; sólo se han limitado los alcances del estudio para el cual se ha trabajado. En base a estas consideraciones, debemos concluir que lo que se diga de las funciones de un Derecho concreto antes de su examen empírico, tiene necesariamente el carácter de hipótesis.

2. Como consecuencia de este enfoque, es necesario definir primero el objeto formal de estudios del que se predicará una función que calificamos como simbólica. En nuestro caso, se ha delimitado la observación al Derecho estatal chileno, no por una identificación monista entre Estado y Derecho –lo cual es contrario a una consideración sociológica del fenómeno jurídico-, sino que por la preponderancia que él tiene en los dos conflictos sociales que se examinarán, y porque el Derecho estatal es - siguiendo a Bourdieu- la sede por antonomasia de concentración y ejercicio del poder simbólico.

3. En cuanto a los conceptos que serán utilizados para la futura formulación de hipótesis, hemos distinguido analíticamente entre *función simbólica del Derecho*, *eficacia simbólica del Derecho* y *uso simbólico del Derecho*. Para nuestro estudio, la manera más adecuada de entender la *función simbólica del Derecho* es definiéndola como *aquella tarea, desempeñada por éste en un contexto determinado, y que consiste en la trasmisión o evocación de ciertas imágenes, ideas, sentimientos o representaciones en sus destinatarios, por medio del lenguaje o discurso jurídico, y aun con independencia de su eficacia instrumental*. Hablar de una función simbólica del Derecho implica, entonces, sostener que éste incide en la realidad social con independencia y aun antes de la implementación de sus contenidos normativos; su fuerza reguladora arranca también de las representaciones que evoca la fuerza de sus formas. Caracterizando a la función simbólica del Derecho, hemos concluido que se ubica dentro de lo que Joseph Raz denomina *funciones indirectas*, y que generalmente se presenta bajo la forma de *funciones latentes*, aunque -como ocurre, por ejemplo, con las normas que confieren honores a ciertas personas- puede igualmente aparecer como una *función manifiesta*. El estudio de la función simbólica del Derecho implica considerar al lenguaje en su *función realizativa* y realizar un análisis del discurso jurídico estatal que involucre, entre otras cosas, al contexto en el que se emite, el capital cultural y social del productor y receptor, y sobre todo, el capital simbólico que le es reconocido y en virtud del cual, éste puede crear realidades para los sujetos a partir del mero enunciar.

4. La *eficacia simbólica del Derecho*, por su parte, puede ser entendida tanto en un sentido genérico como en un sentido estricto. *Eficacia simbólica del Derecho en sentido genérico* describe la aceptación o reconocimiento del sistema normativo en el conjunto de la sociedad, y se relaciona con el *punto de vista interno* del Derecho descrito por Hart. En este sentido, la eficacia simbólica del Derecho opera como *presupuesto* de la *función simbólica del Derecho* y está íntimamente vinculada con la cuestión de la *legitimidad*. Pero en un *sentido estricto*, la *eficacia simbólica del Derecho* es una categoría analítica que nos permitirá describir y explicar la incidencia social que éste tiene mediante su función simbólica, y que se traduce en *las representaciones, emociones o sentimientos que el discurso jurídico genera en sus destinatarios en virtud de las ideas o significaciones asociadas a éste desde el momento mismo de su enunciación y aun con independencia de su implementación, o bien, como consecuencia de ésta última, pudiendo pervivir –esas representaciones-, incluso, hasta ya cesado su periodo de vigencia*. El estudio de la de la *eficacia simbólica del Derecho en sentido estricto* implica

ponerla en relación con el concepto de *ideología*, tanto en su acepción de falsa conciencia -que pudiere ser el resultado de un *uso simbólico del Derecho* con fines de *dominación*-, como en su significado neutro de totalidad o parte del sistema de creencias de una persona o grupo –lo que permitiría explicar las estrategias y objetivos detrás del uso simbólico de los derechos humanos. De cierta manera, la eficacia simbólica en este sentido se encuentra relacionada con lo que Austin denominó *actos perlocucionario*. Es en el análisis de la eficacia simbólica estricta donde podemos encontrar las mayores dificultades de la futura investigación, pues este concepto apunta a develar cuáles son las representaciones que pueden asociarse a efectos del discurso jurídico, lo que conlleva la necesidad de realizar trabajos de campo y seleccionar los mecanismo de indagación social más adecuados a tales efectos.

5. A partir de la confusión terminológica entre *funciones* y *fines*, se ha considerado necesario distinguir también la *función simbólica del Derecho* del *uso simbólico* del mismo. Este último debe ser entendido como *aquellas estrategias desarrolladas por los operadores jurídicos – creadores, aplicadores, litigantes, activistas- y los destinatarios de las normas jurídicas, cuyo principal objetivo es utilizar en beneficio de fines propios o ajenos aquellas representaciones, sentimientos o imágenes que evoca el discurso jurídico*. Si la instancia en que se verifica este *uso* es al momento del diseño de la normativa, hablamos de un *uso simbólico originario*, y si se da cuando ésta ya ha entrado en vigencia, hablamos de un *uso simbólico derivado*. Atendiendo a la calificación de los fines a qué puede estar orientado el uso simbólico del Derecho, es posible distinguir entre: *uso simbólico de dominación* y *uso simbólico emancipatorio*. De los diferentes fines a que puede dirigirse un *uso simbólico del Derecho*, encontramos también el de *legitimar* o *deslegitimar* una política o un actor social, por lo que la cuestión de la *legitimidad* puede ser apreciada tanto como presupuesto de la *función simbólica del Derecho –eficacia simbólica genérica-* como un fin al que puede estar dirigido el *uso simbólico del Derecho*. En el análisis del uso simbólico del discurso de los derechos humanos en contextos de pluralidad cultural –como es el contexto de la futura investigación-, importa especialmente estudiar las condiciones bajo las cuales es posible verificar un *uso simbólico* calificable como de *dominación* o de *emancipación*. La otra cuestión importante que ha arrojado nuestro análisis en relación al *uso simbólico del Derecho*, es la necesidad de incorporar en el estudio la incidencia que tienen en la construcción de la realidad social, no sólo el discurso jurídico estatal, sino otras instancias como los medios de comunicación, el campo cultural, el educacional, etc., por cuanto la *significación práctica de la ley* no es el resultado exclusivo del funcionamiento del campo

jurídico, sino que más bien, depende de estrategias llevadas a cabo en diferentes campos a la vez.

6. La utilidad que tiene para la futura investigación la distinción conceptual que hemos efectuado -además de aclarar los principales conceptos para la formulación de hipótesis, y ofrecer una guía para identificar y ordenar los diferentes temas comprendidos en ella- es que nos evita caer en el error de identificar como la consecuencia o efecto de un *uso simbólico* a todo lo que reviste *eficacia simbólica*, pues no todo resultado *simbólico* obedece a una estrategia calificable del mismo modo. Como vimos durante el desarrollo de este trabajo, una norma podía tener *eficacia simbólica* por diversas razones, y una de ellas podía ser consecuencia de un uso simbólico, pero en otros casos puede deberse, por ejemplo, al efecto de histéresis de una norma anterior o simple negligencia en la previsión de los mecanismos necesarios para que la norma tenga eficacia instrumental. Lo que no obsta a que después, durante su vigencia, sea objeto de un *uso simbólico derivado*.

7. En relación al marco de análisis más adecuado para el estudio de *la función simbólica, eficacia simbólica y uso simbólico del Derecho*, se ha concluido que nuestro estudio trasciende los límites del *análisis funcional*, el cual ni aun depurado de las críticas que habitualmente se le imputaban, nos permite dar cuenta adecuadamente del *uso simbólico del Derecho* y de la *eficacia simbólica* del mismo. El futuro estudio que pretende realizarse tiene cierta relación con la política, y busca examinar -parafraseando a Lasswell-, cómo el Derecho, en una faceta particular -la simbólica-, permite la influencia de los influyentes. Aunque del *análisis funcional* hemos rescatado conceptos valiosos -principalmente *función positiva, negativa, manifiesta y latente*- y el carácter *situado* que tienen las funciones del Derecho desde una perspectiva socio-jurídica, se consideró necesario ampliar el marco de análisis. Con ese objeto hemos examinado la *Teoría de los campos jurídicos* de Pierre Bourdieu. En ella encontramos instrumentos de análisis valiosos para nuestro estudio, principalmente el concepto de *habitus, campo, capital simbólico y violencia simbólica*. Pero tal como propone el autor, y como hemos hecho referencia más arriba, nuestra investigación no puede circunscribirse a un mero análisis del *campo jurídico*, es necesario ponerlo en relación con los otros campos sociales, principalmente los campos económico, político, comunicacional, educacional y cultural. Para ello, es indispensable contar con instrumentos conceptuales desarrollados en otras disciplinas -como la Filosofía del Derecho, la Dogmática jurídica, la Filosofía del Lenguaje, Filosofía Política, Antropología, Semiótica, Economía, etc.-, de lo cual hemos concluido que la

*interdisciplinariedad*, más que una opción metodológica, viene impuesta como necesaria por el objeto de estudio.

8. El marco de análisis de Bourdieu es coherente con la perspectiva epistemológica *constructivista* que hemos adoptado en este trabajo, por cuanto el *habitus* da cuenta del carácter histórico que tienen las categorías de percepción sobre las cuales construimos la realidad social. Pero también, es armónica con el concepto de *función* que hemos desarrollado, pues alejándonos de la perspectiva subjetivista de Ferrari, hemos sostenido que las funciones no pueden concebirse únicamente como proyectos de acción de los sujetos, porque existen en el mundo social estructuras objetivas independientes de la conciencia y voluntad de los agentes, las que son capaces de orientar o coaccionar sus prácticas y representaciones.

9. Desde la perspectiva constructivista que se ha asumido a fin de superar el debate objetivista-subjetivista, el discurso jurídico estatal es examinado como productor de realidad social – eficacia simbólica en sentido estricto- gracias a la función simbólica que desempeña en la sociedad. En este ámbito a nosotros nos interesa estudiar la manipulación de la que pueden ser objeto esas representaciones que el discurso jurídico evoca y los fines a que puede ser dirigida. Como el contexto que será objeto de análisis involucra una realidad social caracterizada por la pluralidad cultural –conflicto mapuche-, y en él se analizará el discurso jurídico estatal en tanto productor de realidad, se advirtió como necesario incorporar en el marco teórico una *perspectiva crítica decolonial*, a fin de dar cuenta de la violencia simbólica que puede ejercerse a través de la lengua legítima representada por el derecho estatal, incluso en aquellos instrumentos jurídicos que *prima facie* parecen orientados a fines emancipatorios.

10. Finalmente, debemos mencionar –más que como una conclusión de este trabajo, como una línea de investigación diferente que se ha abierto en su desarrollo- un aspecto que fue surgiendo en el debate epistemológico que ha atravesado estas páginas. Se trata de la perspectiva *enactuada* de Francisco Varela que aquí se ha explorado como complemento de la *perspectiva constructivista* asumida, pues desde esta última, la construcción de la realidad social para un sujeto se explicaba por el carácter estructurado y estructurante de nuestras categorías de percepción, y porque las estructuras objetivas del mundo social coincidían con ellas. Aunque Bourdieu en ocasiones habla de un *habitus como lo social encarnado*, lo cierto es que considera que el humano biológicamente considerado sólo tiene cabida en el análisis como agente. El constructivismo, al centrarse en las categorías de percepción, sólo abarca una de las maneras por las que se construye la realidad social. Varela incorpora en la explicación de la construcción



del conocimiento un elemento biológico que vas más allá del carácter estructurado de las categorías de percepción. La perspectiva *enactuada* nos permite considerar al sujeto materialmente en su efectivo desenvolvimiento físico en el mundo que le circunda. Sujeto y mundo co-emergen, no sólo a partir de que apliquemos en él estructuras estructurantes que son producto del mismo, sino también, y antes que esto, el mundo surge para un sujeto a partir de una interacción derivada de la manipulación sensorimotriz de su entorno. Aunque no pudo aquí ser explorada a fondo, se ha planteado como una posible idea fructífera para la concepción de los *derechos humanos*; más que la idea de *dignidad humana* derivada de una cierta *racionalidad*, pues bajo el enfoque *enactuado*, no es posible hablar de una razón como algo independiente de los diversos fenómenos que experimenta con todo su cuerpo un sujeto, donde se incluyen ciertas estructuras biológicas y el afecto y la emoción, que desde esta perspectiva, están en el origen de los que hacemos todos los días en nuestro manejo e interacción con el mundo.

Los conceptos y marco de análisis que hemos delimitado, son los instrumentos mínimos con los cuales emprender la tarea de investigar, en dos casos concretos, cómo, la capacidad que tiene el discurso jurídico estatal para evocar representaciones y sentimientos desde el momento mismo de su enunciación, abre un espacio de manipulación política que, aunque la mayoría de las veces ha sido dirigida hacia fines de dominación, puede también ser orientada a fines emancipatorios bajo ciertas condiciones.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACHINSTEIN, PETER (1977): "Function Statements", en *Philosophy of Science*, Vol. 44, nº 3, Sep., 1977. pp. 341-367.
- ARCHONDO, RAFAEL (2003): *Incestos y Blindajes. Radiografía del campo político-periodístico*, Plural, La Paz.
- ARNAUD, ANDRÉ-JEAN Y FARÍÑAS DULCE, MARÍA JOSÉ, (2006): *Sistemas Jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 2ª edición.
- ATIENZA, MANUEL Y RUIZ MANERO, JUAN (2004): *Marxismo y filosofía del derecho*, Fontamara, México D.F.
- ÁVILA, HUMBERTO (2012): *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid.
- BOBBIO, NORBERTO (1990): *Contribución a la teoría del derecho*, Debate, Madrid (trad. Alfonso Ruiz Miguel)
- BOURDIEU, PIERRE (1997): *Razones prácticas sobre la teoría de la acción*, Anagrama, Barcelona (Trad. Thomas Kauf).
- BOURDIEU, PIERRE (2000): *Cosas dichas*, Gedisa, Barcelona (trad. Margarita Mizraji).
- BOURDIEU, PIERRE (2000B), *Poder, Derecho y Clases Sociales*, Desclée de Brouwer, Bilbao, (Trad. Bernuz, García Inda, González y Lalana).
- BOURDIEU, PIERRE (2007): *El sentido práctico*, Sigo XXI, Buenos Aires (trad. Ariel Dillon).
- BOURDIEU, PIERRE Y PASSERON, JEAN JACQUES (1996): *La reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza*, Fontamara, México D.F. (trad. J. Melendres y M. Subirats).
- BOURDIEU, PIERRE Y WACQUANT, LOÏC (1992): *An Invitation to Reflexive Sociology*, Polity Press, Chicago.
- CAMPERO CÁRDENAS, GILDARDO (1979): "El concepto de tipo ideal y la construcción de modelos para el campo organizacional", en *Revista de Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, UNAM, nº 40, octubre-septiembre, 1979, pp. 93-102.
- CAPELLA, JUAN RAMÓN (1999): *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid.
- CASSIRER, ERNST (1987): *Antropología filosófica*, Fondo de Cultura Económica, México (Trad. de Eugenio Ímaz).
- CHEVALIER, JACQUES Y LOSCHAK, DANIEL (1986): *Ciencia Administrativa*, Tomo I, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid (trad. Joelle Bergere Dezaphi, José Gómez Rivas y Blanca Olias de Lima Gete).
- DURKHEIM, EMILE (1994): *La reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*, Altaya, Barcelona (trad. Santiago González Noriega).
- ESCOBAR, ARTURO (2010): *Territorios de diferencia: Lugar, movimientos, vida, redes, Enviñón, Bogotá* (trad. Antonio Restrepo).
- FARÍÑAS DULCE, MARÍA JOSÉ (1991): *La sociología del derecho de Max Weber*, Civitas, Madrid.
- FERNÁNDEZ SOBRADO, JOSÉ MANUEL (1994): "La búsqueda del objeto: la eterna cuestión de la sociología": en *Revista española de investigaciones sociológicas*, nº 67, 1994, pp. 109-132.
- FERRARI, VINCENZO (1989): *Funciones del Derecho*, Editorial Debate, Madrid (trad. María José Añón Roig y Javier de Lucas Martín).

- FREUD, SIGMUND (1985): *La interpretación de los sueños*, Planeta- De Agostini, Barcelona (traducción de Luis López Ballesteros y de Torres).
- GADAMER, HANS-GEORG (1996): *Verdad y Método I. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Ediciones Sígueme, Salamanca. (trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito).
- GARCÍA INDA, ANDRÉS (1997): *La violencia de las formas jurídicas. La sociología del poder y del derecho de Pierre Bourdieu*, Cedecs, Barcelona
- GARCÍA INDA, ANDRÉS (2001): “Pierre Bourdieu o la ilusión del campo jurídico”, en García Amado y otros: *El Derecho en la Teoría Social. Dialogo con catorce propuestas actuales*, Dykinson, Madrid.
- GARCÍA MANRIQUE, RICARDO (2012): *El valor de la seguridad jurídica*, Iustel, Madrid.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (2003): “Derecho y Sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de estudios jurídicos críticos”, en García Villegas y Rodríguez Garavito (eds.): *Derecho y Sociedad en América Latina: Un Debate Sobre los Estudios Jurídicos Críticos*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pp. 15-66.
- GARCÍA, MAURICIO (1993): *La eficacia simbólica del Derecho*, Uniandes, Bogotá.
- GARCÍA, MAURICIO (2013): *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*, Penguin Random House, Bogotá, 2ª ed.
- GARZÓN VALDÉS (1989): “Terrorismo de Estado (El problema de su legitimación e ilegitimidad)”, en *Revista de estudios políticos (Nueva Época)*, nº 65, julio – septiembre, año 1989, pp. 35-55.
- GEERTZ, CLIFFORD (2003): *La interpretación de las culturas*, Gedisa, Barcelona (trad. Carlos Julio Reinoso).
- GONZÁLEZ CASANOVA, PABLO (2006): “Colonialismo interno [una redefinición]”, en Atilio A. Boron; Javier Amadeo y Sabrina González (comp): *La teoría marxista hoy: problemas y perspectivas*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, Buenos Aires, pp. 409-434.
- GONZÁLEZ, ROBERTO ANDRÉS (2013): “Consideraciones en torno al concepto de “símbolo” desde el punto de vista de Ernst Cassirer”, en *Claves del Pensamiento*, Julio-Diciembre, 85-101
- GROSFOGUEL, RAMÓN (2009): “Apuntes hacia una metodología fanoniana para la descolonización de las ciencias sociales”, en Fanon, Frantz: *Piel negra, máscaras blancas*, Akal, Madrid, pp. 261-284.
- HABERMAS, JÜRGEN (1986): *Historia y crítica de la opinión pública*, Gustavo Gili, Barcelona, 3ª ed. (Trad. Antonio Domenech y Rafael Grasa).
- HART, HERBER (2007): *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (trad. Genaro Carrió).
- HEIDEGGER, MARTIN (1992): *Basic Writings*, Harper, San Francisco.
- HOEKEMA, ANDRÉ (2002): “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en *El Otro Derecho*, nº 26-27, 2002, pp. 63-97.
- JAKOBS, GÜNTHER (2006): *La pena estatal: significado y finalidad*, Civitas, Pamplona (trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez).
- JUNG, CARL (1995): *El hombre y sus símbolos*, Paidós, Barcelona (traducción de Luis Escobar Bareño.)
- KRAWIETZ, WERNER (1988): “El concepto sociológico de derecho”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988, pp. 253-274.

- LACAN, JACQUES (1953): “Lo simbólico, lo imaginario y lo real”, conferencia dictada el 08 de julio en Société Française de Psychanalyse (traducción de Juan Bauzá).
- LARRAIN, JORGE (2008): *El concepto de ideología. Carlos Marx* .Vol. 2, LOM, Santiago de Chile.
- LARRAIN, JORGE (2008): *El concepto de ideología. El marxismo posterior a Marx: Gramsci y Althusser*, Vol. 2, LOM, Santiago de Chile.
- LASSWELL, HAROLD (1974): *La política como reparto de influencias*, Aguilar, Madrid (trad. Lúgris)
- LEVI-STRAUSS (1995): *Antropología Estructural*, Paidós, Barcelona (Traducción de Eliseo Verón).
- LINDAHL, HANS (1996): “El pueblo soberano: el régimen simbólico del poder político en la democracia”, en *Revista de estudios políticos (Nueva Época)*, nº 94, Octubre-Diciembre 1996, pp. 47-72.
- LLOREDO, LUIS (2012): “La lucha por el derecho como imperativo ético y político. Glosas a Rudolf Von Jhering”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 15, 2012, pp. 231-258.
- LLOREDO, LUIS (2013): “La socialización del Derecho. El antiformalismo jurídico y los derechos económicos, sociales y culturales”, en G. Peces-Barba, E. Fernández, R. de Asís y J. Ansuátegui (coord.) *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*, vol. 1, libro 2, Dykinson, Madrid.
- LUNA SERRANO, AGUSTÍN (2013): *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, Temis Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- MARTÍNEZ GARCÍA, JESÚS IGNACIO (1989): “Las ficciones en la construcción del derecho”, en *Estudios de Deusto*, nº 37, 1989, pp. 407-421.
- MATURANA ROMESÍN, HUMBERTO y VARELA GARCÍA, FRANCISCO (1997): *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile.
- MATURANA, HUMBERTO (2003): *Amor y juego. Fundamentos olvidados de lo humano. Desde el patriarcado a la Democracia*, LOM, Santiago de Chile
- MENDONCA, DANIEL (1998): “Presunciones”, en *Doxa. Cuaderno de Filosofía del Derecho*, Nº 21, volumen I, 1998, pp. 83-98.
- MERTON, ROBERT (1995): *Teoría y Estructura Sociales*, Fondo de Cultura Económica, México (traducción de Florentino Torner y Rufina Borque).
- MORA MOLINA, JUAN JESÚS (2001): “El Funcionalismo de Merton y el Derecho”, en García Amado y otros: *El Derecho en la Teoría Social. Dialogo con catorce propuestas actuales*, Dykinson, Madrid.
- MORRIS, CHARLES (1985): *Fundamentos de la teoría de los signos*, Paidós, Barcelona (traducido por Rafael Graza).
- NAGEL, ERNEST (1989): *La Estructura de la Ciencia*, Paidós, Barcelona (traducción de Néstor Míguez).
- NIETZSCHE, FRIEDRICH (1974): *El libro del Filósofo*, Taurus, Madrid (trad. Ambrosio Berasain).
- OVEJERO, ANA MARÍA (coord.) (2013): *La presunción de inocencia y los juicios paralelos*, La Ley, España.

PARONS, TALCOT (1961): “Un esquema del sistema social”, en Parsons, Edward Shils, Kaspar Naegle, and Jesse Pitts (eds.), *Theories of Society*, Free Press, pp. 30-79. (trad. Rodolfo Gálvez C.).

PECES-BARBA, GREGORIO (1990): “La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho”, en *Anuario de derechos humanos*, 1990, nº 6, pp. 215-229, Universidad Complutense, Facultad de Derecho.

PEIRCE, CHARLES (2005): *El icono, el índice y el símbolo*, (trad. Sara Barrera). Disponible en <http://www.unav.es/gep/IconoIndiceSimbolo.html> (visitado por última vez el 26 de agosto de 2014)

PERELMAN, CH. Y OLBRECHTS-TYTECA (1989): *Tratado de la Argumentación. La nueva Retórica*, L. Gredos S.A. Madrid, (trad. Julia Sevilla Muñoz).

PÉREZ LLEDO, JUAN ANTONIO (2000): “Sobre la función promocional del derecho. Un análisis conceptual”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 23, 2000, pp. 665-687.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO- ENRIQUE (1991): *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona

PÉREZ SERRANO, NICOLÁS (1948): “Las ficciones en el derecho constitucional” Discurso leído el día 19 de enero de 1948, en su recepción pública en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. En <http://bvrajyl.insde.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=9599> (visitado por última vez el 28.06.2014)

PIAGET, JEAN (1966): *La formación del símbolo en el niño: imitación, juego y sueño: imagen y representación*, Fondo de Cultura Económica (traducción de José Gutiérrez).

RADCLIFFE-BROWN, ALFRED (1986): *Estructura y función en la sociedad primitiva*, Planeta-De Agostini, Barcelona (trad. Ángela Pérez).

RAZ, JOSEPH (1985): “Las Funciones del Derecho”, en Joseph Raz *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. (trad. Rolando Tamayo y Salmorán).

REHBINDER, MANFRED (1981): “Las Funciones del Derecho”, en Rehbinder: *Sociología del Derecho*, Piramide, Madrid (trad. Gregorio Robles Morchón). Capítulo disponible en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 8, Nº 1-6, 1981, pp. 125-135.

RIVERA CUSICANQUI, SILVIA (2007): “Violencia e Interculturalidad: Paradojas de la etnicidad en la Bolivia de hoy”. En: <http://www.unifem.org.br/sites/800/824/00000363.pdf> (Visitado por última el 01.08.2014).

LUHMANN, NIKLAS (1973): *Ilustración sociológica y otros ensayos*, Editorial Sur, Buenos Aires (traducción de R. A. Murena).

RIVERA CUSICANQUI, SILVIA (2010): *Ch'ixinakax utxiwa: una reflexión sobre prácticas y discursos Descolonizadores*, Tinta Limón, Buenos Aires.

RIVERA CUSICANQUI, SILVIA (2013): “Conversaciones del mundo”, conversación entre Boaventura de Sousa Santos y Silvia Rivera Cusicanqui, grabada el 16 de Octubre de 2013 en La Paz, Bolivia. Disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=xjgHfSrLnpU>, (Visitado por última vez el 01.08.2014).

RODRÍGUEZ GARAVITO, CESAR (2012): *Etnicidad.gov*, Dejusticia, Bogotá

RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL (1999): *Opinión pública: concepto y modelos históricos*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Madrid.

SANTOS, BOAVENTURA (2009), *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta, Madrid.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA (1998): *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA Universidad Nacional de Colombia, Bogotá (traducido por César Rodríguez Garavito).

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA (2003): *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen I Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Decleé de Brower, Bilbao (trad. Herrera, Joaquín; Sabariego, Manuel; Senient, Juan y otros.).

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA (2010): *Para descolonizar Occidente: más allá del pensamiento abismal*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires.

SAUSSURE, FERDINAND (1945): *Curso de lingüística general*, Losada, Buenos Aires. (trad. Amado Alonso) .

SCHÜTZ, AFRED (1974): *El problema de la realidad social*, Amorrortu Editores, Buenos Aires (trad. Néstor Míguez).

SERRANO GÓMEZ, ENRIQUE (1994) *Legitimación y racionalización. Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado*, Anthropos, Barcelona.

SHEINGOLD, STUART (2004): *The politics of rights. Lawyers, public policy, and political change*, University of Michigan, Michigan, 2ª edición.

SQUELLA, AGUSTÍN (2001): *Introducción al Derecho*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile.

SQUELLA, AGUSTÍN (2007): “Una descripción del derecho”, en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del Derecho*, nº 27, Octubre de 2007, pp. 51-70.

TARRADILLO BASOCO, JUAN (1995), “Función simbólica y objeto de protección del derecho penal”, en Juan Bustos (coord) *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago de Chile.

THOMAS, PHILIP (1990): “Ambiguity: the management of dissent”, en André Jean Arnaud (edit.) *Sociology of Law. Splashes and sparks. The best of the 1st and 2nd High Level Seminar* (1989-1990), Instituto de Sociología del Derecho de Oñati, País Vasco.

TODOROV, TZVETAN (1992): *Simbolismo e Interpretación*, Monte Ávila Editores, Caracas (Trad. Lemoine, Claudine y Rissotto, Mágara).

TURNER, VICTOR (1999). *La selva de los símbolos. Aspectos del ritual ndembu*. Siglo XXI, Madrid.

VARELA GARCÍA, FRANCISCO (2000): *El fenómeno de la vida*, Dolmen Ediciones, Santiago de Chile.

VARELA GARCÍA, FRANCISCO (2005): *Conocer*, Gedisa, Barcelona.

VARELA, FRANCISCO; THOMPSON, EVAN Y ROSCH, ELEANOR (1997): *De cuerpo presente. Las ciencias cognitivas y la experiencia humana*, Gedisa, Barcelona.

VERGÉS, JACQUES (2008): “*Estrategia judicial en los procesos políticos*”, Anagrama, Barcelona (trad. María Teresa López Pardina).

WEBER, MAX (2008): *Economía y sociedad*, Fondo de la cultura económica, México (trad. José Medina, Juan Roura Parelle, Eduardo García Máynes y José Ferrater Mora).

WITTGENSTEIN, LUDWIG (1999): *Investigaciones Filosóficas*, Altaya S.A., Barcelona (trad. Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM).

YRIGOYEN, RAQUEL (2006): “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”. En Berraondo, Mickel (cord.) *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao.